

الجزء الثالث

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن
عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الخنفي المتوفى
سنة ٨٦١ مع تكملة نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للولي
شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على
الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان
الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة
٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رحمه
الله ونفعنا بهم
آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكل الدين محمد بن محمود الباري
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى
جلبي وبسعدى أقدى المتوفى سنة ٩٥٠ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية
تنبية قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الاول في صدر الصحيفة
وبليه الثاني مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى
جلبي الاول في صدر الهامش وبليه الثاني فليعلم

(محل مبيته) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بن الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسيني بمصر

الطبعة الاولى

بالطبعة الكبرى الاميرية بيولاقي مصر المحمية

سنة ١٣١٦ هجرية

(بالقسم الادبي)

كتاب الرضاع

لم يذ كر عامة مسائل الرضاع
في فصل المحرمات وأتى
بكتاب له على حدة لما ان له
أحكاما خاصة مخصوصة به
لا يشاركها غيرها وسبب
الحرمية بالرضاع الجزئية
بنشور العظم وانبات اللحم
كالجزئية بالاعلاق في حرمة
المصاهرة وكان الاعلاق
أمر خفي وله سبب ظاهر
أقيم مقامه وهو الوطء
كذلك نشور العظم وانبات
اللحم أمر خفي وله سبب
ظاهر وهو الارضاع فأقيم
مقامه والرضاع بفتح الراء
وهو الاصل وبكسرها
وهو لغة فيه مص اللبن من
الثدي وفي الشريعة عبارة
عن مص شخص مخصوص
وهو ان يكون صبيار ضيعا
من ثدي مخصوص وهو
ثدي الامة في وقت
مخصوص على ما ذكر بعد
(وقليل الرضاع وكثيره اذا
حصل في مدة الرضاع تعلق
به التحريم) عندنا وقال
الشافعي لا يثبت الرضاع
الا بجمس رضعات يكتفي
الصبي بكل واحدة منها

كتاب الرضاع

(قوله وسبب الحرمة بالرضاع
الجزئية الخ) أقول يعني
شبهة الجزئية

يرزق من يشاء بغير حساب
(بسم الله الرحمن الرحيم)

كتاب الرضاع

قال (قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم) وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت
التحريم الا بجمس رضعات لقوله عليه الصلاة والسلام

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالباً في ابتداء نشأته الا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق
به وهي من آثار النكاح المتأخرة عنه بعدة وجب تأخيرها الى آخر أحكامه فيل وكان ينبغي أن يذكر في
المحرمات لكنه أفرد بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط الابن ونحوه والحق أنه
ذكر في المحرمات ما يتعلق بالحرمة به وانما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما
وفتحهما أربع لغات والرضع الخامسة وأنكر الاصمعي الكسر مع الهاء وقوله في الفصيح من حد علم يعلم
وأهل نجد قالوا من باب ضرب وعليه قول السالوي يذم علماء زمانه * وذموا الدنيا وهم يرضعونها *
ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد رحمه الله انما ألفه بعض أصحابه ونسب به اليه ليروجه ولذا لم
يذكره الحاكم الشهيد أبو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه ايراد كلام محمد رحمه الله في جميع
كتبه محدوفة التعاليل وعامتهم على أنه من أوائل مصنفاة وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من
ذلك في كتاب النكاح وهو في اللغة مص اللبن من الثدي ومنه قولهم لثيم راضع أي يرضع غنمه ولا يحملها
مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفي الشرع مص الرضيع اللبن من ثدي الامة في وقت
مخصوص أي مدة الرضاع المختلف في تقديرها (قوله قليل الرضاع وكثيره سواء اذا تحقق في مدة الرضاع
تعلق به التحريم) وبه قال مالك أما الرشدي في بان أدخلت الحلمة في فم الصغير وشكت في الارضاع لا تثبت

الحرمة بالشك وهو كالعالم ان عصية أرضه عنها امرأة من قرية ولا يدري من هي فتزوّجها رجل من اهل تلك القرية صحيح لانهم لم يتحقق المانع من خصوصية امرأه والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة واذا أرضعن فليحفظن ذلك وينهرنه ويكنينه احتياطاً وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات مشبعات في خمسة أوقات متفاصلة عرفاً وعن أحمد رحمه الله روايتان كقولنا وكقوله لقوله صلى الله عليه وسلم لاتحرم المصّة والمصتان الحديث رواه مسلم في حديثين صدره حديث عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لاتحرم المصّة والمصتان وآخرون عن أم الفضل بنت الحرث قالت دخل اعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال يا رسول الله اني كانت لي امرأة فتزوّجت عليها أخرى فزعمت امرأتى الاولى انها أرضعت الحديثي رضعة أو رضعتين فقال صلى الله عليه وسلم لاتحرم الاملاجة والاملاجتان وأخرج ابن حبان في صحيحه حديثاً واحداً عن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتحرم المصّة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان فقول شارح في قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه لم يثبت في كتب الحديث ايسر صحيح والاملاجة الارضاع والنساء للوحدة والاملاج الارضاع والمصّة أرضعته وميل هو امره رضعها وهذا الحديث لا يصلح لاثبات مذهبه وقيل يمكن أن يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصّة داخله في المصتين فاصلة لاتحرم المصتان ولا الاملاجتان فنفى التحريم عن اربع فلزم أن يثبت بخمس وهذا ليس بشئ أما أولافلان مذهب ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات في أوقات وأما ثانياً فلان المصّة غير الاملاجة فان المصّة فعل الرضيع والاملاجة الارضاع فعل المصّة فاصل المعنى أنه صلى الله عليه وسلم نفي كون الفعليين محرمين منه ومنه اوعلى هذا فالتحقيق انه لا يأتى حديثاً واحداً لان الاملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارضاع فنفي تحريم الاملاج نفي تحريم لازمه فليس الحاصل من لاتحرم الاملاجتان الا لاتحرم لازمه مما أعني المصتين فلو جمعنا في حديث واحد كان الحاصل لاتحرم المصتان فلزم أن لا يصح أن يراد الا المصتان لا الاربع فان قلت فقد ذكرت آنفاً حديثاً واحداً في صحيح ابن حبان من روايه ابن الزبير عن أبيه رضي الله عنه قلت يجب كون الراوي وهو الزبير أراد أن يجمع بين ألفاظه صلى الله عليه وسلم التي سمعها منه في وقتين كأنه قال قال صلى الله عليه وسلم لاتحرم المصّة ولا المصتان وقال أيضاً لاتحرم الاملاجة ولا الاملاجتان وقيل بطريق آخر وهو انه نافي للمذهبنا فثبت به مذهب لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فانه قال بالفصل أبو ثور وابن المنذر وادود أبو عبيد وهو لأئمة الحديث قالوا المحرم ثلاث رضعات اللهم الا أن لا يعتبر قولهم وفيه نظر لقوة وجهه بالنسبة الى وجه قول الشافعي رحمه الله وذلك أن الذي أثبت به مذهب ما في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من ثم نسخ بخمس رضعات معلومات يحرم فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهن فيما نقرأ من القرآن قالوا وهذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه كان يقرأها وهو لا يستقيم الاعلى ارادة نسخ الكل والالزام ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ وعدمه كما عن الروافض والالوجب أن تبلى خمس رضعات الخ فدار الامر بين الحكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الا أن فينبغي أن يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وعدمه فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تنبئه الصحابة رضي الله عنهم واذا بطل التسليم به وان كان اسناده صحيحاً لا نقطاعه باطنياً وثبت نفي تحريم المصّة والمصتان والارضاع محرم وجب التحريم بالثلاث وما روى عنها انه كان في صحيفة نحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت دواجن فأكلتها لا يبق ذلك النسخ يعني كان مكتوباً ولم يغسل بعد للقراب حتى دخلت

لقوله عليه السلام لا يحرم المصّة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصّة فعل الرضيع والاملاجة فعل المصّة وهو الارضاع ووجه الاستدلال به انه يدل على ان القليل منه غير محرم وأما ان يكون منحصر في خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما اتفق به مذهب خصمه ثبت مذهب لعدم القائل بالفصل وفيه نظر لان من أصحاب الطواهر من يقول بثلاث رضعات مشبعات ولو عسك بحديث عائشة كان فيما نزل عشر رضعات معلومات يحرم من فنسخ بخمس رضعات معلومات يحرم وكان ذلك مما تبلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أدل على المطلوب

قال المصنف (لقوله صلى الله عليه وسلم لاتحرم المصّة ولا المصتان ولا الاملاجة الحديث) أقول الاملاجة الارضاع والنساء للوحدة

ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللائي أرضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه أمر مبطن

لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم بضعه لأنه لا نسخ بعده ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل يعني في الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز على ما عرف (قوله ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية) دليل معقول يتضمن جواب سؤال مقدر تقديره تحريم الرضاع باعتبار انشراح العظم وانبات اللحم وليس ذلك في القليل وتقرر بالجواب الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع

(قوله لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم بضعه لأنه لا نسخ بعده) أقول قال الراعي في شرح الوجهين وحمل ذلك على قراءة حكمهما انتهى يعني قولها وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم محمول على قراءة الحكم وبه يندفع ما ذكره الشارح

الدواجن والأفالق لأن لا يجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم قال تعالى أنا نحن زنا الذكروا ناله لحاظون وما قيل لئلا يكون نسخ الكل ويكون نسخ التلاوة مع بقاء الحكم وإن هذا مما لا جواب عنه فليس بشيء لأن ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج إلى دليل والأفلاص لا نسخ الدال يرفع حكمه وأما ما نظره من الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجوهما فلا ماعلم بالسنة والاجماع لم يثبت به وإذا احتج إلى ثبوت كون المحرم الخامس ولم يكن هذا الحديث مثبته فالدليل عليه مستأنف وما ذكره أولا قد سمعت مافيه في حديث عاتكة في الثلاث أظهر من متسكة في الخامس ونحن إلى جوابه أحوج فكيف لا يعتبر بنعم أحسن الأدلة حديث عائشة رضي الله عنها في مسلم وغيره قالت جاءت سملة بنت سميل امرأة أبي حذيفة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم أرضعيه يا سملة ففعلت فبقيت عليه إلى الآن مسلم لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل في مسند الشافعي رحمه الله تعالى قالها على مافيه والجواب أن التقدير مطلقا منسوخ صرح بنسخه ابن عباس رضي الله عنهما حين قيل له إن الناس يقولون إن الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال آل أمر الرضاع إلى أن قلبه وكثيره يحرم وروى عن ابن عمر أن القليل يحرم وعنه أنه قيل له إن ابن الزبير رضي الله عنه يقول لأبأس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فهذا إما أن يكون ردًا للرواية لنسخها أو لعدم صحتها أو لعدم إجازته تقييدا لطلاق الكتاب بخبر الواحد فإنه تعالى علّق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل وهذا ما قال المصنف رحمه الله وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به ثم الذي يحرمه في حديث سملة أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد أن يشبع سملة في خمسة أوقات متفصلات جائعا لأن الرجل لا يشبعه من اللبن رطل ولا رطلان فأين تجد الأدمية في نديها قدر ما يشبعه هذا محال عادة فأنظر أن معدود خفافيه المصات ثم كيف جاز أن يباشر عورتها بشفتيه ففعل المراد أن تحلب له شيئا مقداره خمس مصات فيشربه ولا فهو ومشكل هذا وهو منسوخ من وجه آخر أيضا كما سيأتي بيانه والله أعلم (قوله ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللائي أرضعنكم) تقدم في استدلال ابن عمر رضي الله عنهما وأما قوله صلى الله عليه وسلم لم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحديث في الصحيحين مشهور (قوله ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية) جواب سؤال هو أن الحرمة بالرضاع لا اختلاط البعضية بسبب النسوة الكائن عنه وذلك لا يتحقق بأدنى شيء أجاب بأن ذلك حكمه لأنه خفي والأحكام لا تتعلق به الخفافئ مابل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلو قال الظاهر لا بد من كونه مظنة للحكمة ومطلقة ليس مظنة للنسوة فلا يتعلق التحريم به قلنا ولا يتوقف النسوة على خمس مشبعات بل واحدة تفيد فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تأخير الحرمة عن وقت تعلقها والحق أن الرضاع وإن قل يحصل به نشو يقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة إلى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة منهم على وابن مسعود وأسند الرواية عنهم ما به النسائي وابن عباس رضي الله عنهما وجهور التابعين هذا ولاولى أن يقال للبعضية لأن الحرمة لشبهة البعضية وإقامة السبب مقام السبب انما هي حرمة المصاهرة أما في الرضاع فحقيقة الجزئية بالابن هي الحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول الابن في الجوف قبل استتماله كان المحرم شبهتها أي ما يؤول إلى الجزئية وينبغي أن يكون الرضاع الموجب

وقوله (ومارواه) جواب عن استدلال الخصم بأن ما رويتم ما مردود بالكتاب لان العمل به أقوى على تفقد بران يكون الكتاب قبله أو منسوخ ان كان بعده والانتشار بالراء الاحياء وفي التنزيل ثم اذا شاء أنشره ومنه لارضاع الاما أنشر العظم وأثبت اللحم أى قواه وشده كانه أحياء ويروي بالرائى كذا في المغرب قوله (وينبغي ان يكون في مدة الرضاع) ظاهر وقوله لان الحول حسن التحول من حال الى حال باعتبار حولان الحول الموجب لتغير الطباع ولا بد من الزيادة على الحولين لما تبين معنى في وجه قول أبي حنيفة فتقدر رأى الزيادة به أى بالحول ولهما قوله تعالى وجهه وفصالة ثلاثون شهرا ووجه الاستدلال ما ذكره (٥) انه جعل مدة الحمل والفصال ثلاثين شهرا ومدة الحمل أدناها

فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به وينبغي أن يكون في مدة الرضاع لما تبين (ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالانستان) وهو قول الشافعي رحمه الله وقال زفر ثلاثة أحوال لان الحول حسن التحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما تبين فيقدر به ولهما ما قوله تعالى وجهه وفصالة ثلاثون شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقال النبي عليه السلام لارضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما ما يكملها كالأجل المضروب للدينين الا أنه قام المنقص في أحدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الاتبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فتقدرت بأدنى مدة الحمل لانهم لم يغيروا غذاء الجنين يغير غذاء الرضيع كما يغير غذاء الفطيم

للتحریم في مدة الرضاع على ما تبين في المسئلة التي تليها وهي قوله (ثم مدة الرضاع) التي اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم (ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالانستان) وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وقال زفر ثلاثة أحوال وعن مالك رحمه الله سنستان وشهر وفي أخرى شهران وفي أخرى مادام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لاحدله للإطلاقات فيوجب التحريم ولو في حال الكبر وعن بعضهم الى خمس عشرة سنة وقال آخرون الى أربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين (قوله لان الحول حسن الخ) هذا وجه قول زفر رحمه الله وحاصله انه لا بد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الاتبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي تغير الغذاء والحول حسن التحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فتقدر بالثلاثة وهذا هو المراد بقوله لما تبين أى في دليل أبي حنيفة رحمه الله ولهما ما قوله تعالى وجهه وفصالة ثلاثون شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لارضاع بعد حولين رواه الدارقطني عن ابن عباس برفعه هكذا لارضاع الا ما كان من حولين وظاهر ان المراد في الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيم بن جميل وهو ثقة حافظ اه وكذا وثقه أحمد رحمه الله والعجلي وابن حبان وغير واحد وروى موقوفا على ابن عباس رضي الله عنهم بالارباب وآخرجه ابن أبي شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلى الدارقطني على عمر وأظهر الأدلة لهما ما قوله تعالى والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولا بى حنيفة رحمه الله هذه الآية ووجهه انه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما ما يكملها كالأجل المضروب للدينين على شخصين بأن قال أجلت الدين

وهو لا يجوز أوجب بأن الكتاب مأول فان عامة أهل التفسير جعلوا الاجل المضروب للدينين متوزعا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدلبه المصنف قطعية وبؤيده ما روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت لسته أشهر فجيء بها الى عثمان فشاو في رجهما فقال ابن عباس ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وجهه وفصالة ثلاثون شهرا وقال والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين فحمله ستة أشهر وفصالة حولان فتركها

قال المصنف (لما تبين فيقدر به) أقول بعد ثلاثة أسطر (قوله فلم تكن دلالة الكتاب الخ) أقول بل لا احتمال لتلك الدلالة والابلازم التغير المستحيل فلا يصح الاستدلال

شهرًا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقوله (عليه السلام لارضاع بعد حولين ولا بى حنيفة رحمه الله هذه الآية) معنى قوله تعالى وجهه وفصالة ثلاثون شهرا (ووجهه ما ذكره ان الله تعالى ذكر شيئين) معنى الحمل والفصال (وضرب لهما مدة) وهو قوله تعالى ثلاثون شهرا وكل ما كان كذلك كانت المسئلة لكل واحد منهما ما يكملها كافي الاجل المضروب للدينين مثل ان يقول لفلان على ألف درهم وخمسة أقفرة حنطة الى شهرين يكون الشهران أجلا لكل واحد من الدينين بكأله الا انه قام المنقص في أحدهما يعنى الحمل وهو حديث عائشة الولد لا يسقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب

واذا لم تكن دلالتنا على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية بآية مأولة ولا بعده فيه ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل تغير ابقاء حياته وذلك أى التغيير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لان القطع عن اللبن دفعة من غير ان يتعود غيره مهلكا وهذا هو الذى وعد المصنف (٦) لفرلكنه قدره بسنة كفى العنين وقد رنا بأدنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غداء

والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب

الذى على فلان والدين الذى على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكاملها كحل أو على شخص فيقول لفلان على ألف درهم وعشرة أفقره إلى سنة فصدقه المقر له في الاجل فاذا مضت السنة يتم أجلهما جميعا الا انه قام المنقص في أحدهما يعنى في مدة الحمل وهو قول عاقشة رضى الله عنها الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل وفي رواية ولو بقدر غزل ومثله مما لا يقال الاسماع لان المقدرات لا يمتدى العقل اليها وسخرجه في موضعه ان شاء الله تعالى وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين فتبقى مدة الفصال على ظاهرها غير ان هذا يستلزم كون لفظ ثلاثين مستعملا في اطلاق واحد في مدلول ثلاثين وفي أربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقي والمجازي بلفظ واحد وكونه بالنسبة الى شئين لا يبنى كونه كذلك وهو المتنع والام يتنع لانه من جمع الا بالنسبة الى شئين واشكال آخر وهو ان أسماء العدد لا يجوز بشئ منها في الاخر نص عليه كثير من الحققة لانها بمنزلة الاعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة عشر ضعف ثمانية بلا توين وعن ذكره صاحب النهاية في فصل المشيئة من كتاب الطلاق الا أنه يقتضى ان نحو عشرة الاثنى لم يرد به ثمانية بل عشرة فاخرج ثم اسند الى ثمانية وهو قول طائفة من الاصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما اذا كان استثناء من عدد منهم شمس الاثمة ونحو الاسلام والقاضى أبو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه في الاصول ويمكن أن يستدل لابي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى والوالدات برضعن أولادهن الآية بناء على أن الماردن والوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فان الفائدة في جعله نفقة من حيث هي ظرأوجه منها في اعتباره ايجاب نفقة الزوجة لان ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولان نفقة لا تختص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجة بخلاف اعتبارها نفقة الظئر ويكون حينئذ أجرة لها لان النفقة لها باعتبارها ظائرا غير زوجة لا تكون الأجرة لها واللام من لمن أراد متعلق برضعن أى برضعن للآباء الذين أرادوا انعام الرضاة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجرة لهن في الحولين واذا كانت الواومن وعلى المولود له الحال من فاعل يتم كان أظهر في تقييد الأجرة المستحققة على الآباء أجرة للطلقة لحولين وغاية ما يلزم أنه كان مقتضى الظاهر ان يقال وعليه أو وعليهم لكن ترك التنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوب اليه وان النسبة الى الآباء والحاصل حينئذ برضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاة بالأجرة وهذا لا يقتضى ان انتهاء مدة الرضاة مطلقا بالحولين بل مدة استحقاق الأجرة بالارضاع ثم يدل على بقائها في الجملة قوله تعالى فان أراد افصلا عطا فبالفاء على برضعن حولين فعلى الفصال بعد الحولين على تراضيها وقد يقال كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاة المحرم بعد الحولين فأين الدليل على انتهاء السنة أشهر بعدهما بحيث لو أضع بعدها لا يقع التحريم وما ذكر في وجه زيادتها لا يفيد سوى أنه اذا أريد القطار يحتاج اليها يعود فيها غير اللبن قليلا قليلا لتعذر دفعة فاما أنه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس يلزم مما ذكر من الأدلة ولا شك ان الشرع لم يحرم

الحولين بغير غداء الرضيع فان غداء الحولين كان غداء أمه ثم صار لبننا خالصا كما ان غداء الرضيع بغير غداء الفطيم لان غداء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام أخرى لانه يقطع تدريجا فكان الحاصل انه لا بد من تغيير الغذاء وتغيير الغذاء لستة أشهر فلا بد من ستة أشهر وقوله والحديث محمول على قوله عليه السلام لا رضاع بعد حولين محمول على مدة الاستحقاق وأبهم المصنف الاستحقاق لان بعضهم قال المراد من لا رضاع بعد حولين لا يستحق الولد الرضاة بعد الحولين وقال بعضهم نفي استحقاق الأجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاة في حق استحقاق الأجر على الأب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة أجرة الرضاة بعد الحولين بالاجماع وهذا لان قوله عليه السلام لا رضاع لنفي الجنس وعينه قد توجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة وعليه أى وعلى

اطعمه

الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعنى قوله تعالى والوالدات برضعن أولادهن حولين كاملين

بدليل قوله تعالى بعده فان أراد افصلا عن تراض فانه ذكر بحرف الفاء معلقا بالتراضى ولو كان الرضاة بعده حراما لم يعلق به لانه لا أثر

(قوله واذا لم تكن دلالتنا على ذلك كذلك) أقول يعنى اذا لم تكن دلالتنا عليه قطعية (قوله وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية بآية مأولة ولا بعده فيه) أقول امكان الانبات لا يكون الا بامكان الحمل على ذلك المعنى وذلك منتف

قال (واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشوء وذلك في المدة اذا الكبير لا يترتب به

اطعامه غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليهما بخلاف ان يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضاءهما فيفطم عنده عن اللبن مرة فليست الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع فكان الاصح قواهما وهو مختار الطحاوي وقول زفر على هذا أولى بالاطلاق وهو ظاهر وحينئذ فقوله تعالى فان اراد افضالاً عن تراض منهما وتشاور المراد منه قبل الحولين فانه موضع التردد في أنه يضر بالولاد ولا فيتشاور ان يظهر وجه الصواب فيه وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل أن يقع به من حيث انه فطام بل ان كان فن جهة أخرى فتمتنعه العومات المانعة من ادخال الضرر على غير المستحق له (قوله) واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) فطم أو لم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافاً لمن قال بالتحريم أبداً للاطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروى عن عائشة رضي الله عنها فكانت اذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خوفاً وحديث سهل المتقدم والجواب ان هذا كان ثم نسخ بأثر كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين تفيد اتفاقهم عليه فنها ما قدمناه في استدلالهم أن قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا ما كان من حولين وقد منّا تحريمه مرفوعاً وموقوفاً على ابن عباس وعلى وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد في الحكم لانه قد ثبت هو بته بعده وما في الترمذي من حديث أم سلمة انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع الا ما فتى الامعاء في الثدي وكان قبل الفطام قال الترمذي حديث حسن صحيح وفي سنن أبي داود من حديث ابن مسعود يرفعه لا يحرم من الرضاع الا ما أثبت اللحم وأنشأ العظم يروى بالراء المهملة أي احياء ومنه قوله تعالى ثم اذا شاء أنشره وبالزاي أي يرفعه وبزيادة الحظ يرتفع وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فقال يا عائشة من هذا قلت أختي من الرضاعة فقال يا عائشة انظرن من اخوتكن فان الرضاعة من المجاعة يعني اعرفن اخوتكن لخسبة أن يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبير فان قلت عرف من أصلكم ان عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة رواية للناسخ وحديث الصحيحين وهو قوله انما الرضاعة من المجاعة وانه عائشة رضي الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكوماً بنسخ كون رضاع الكبير محرماً قلنا المعنى انه اذا لم يعرف من الحال سوى انه خالف مرويه حكماً بأنه اطلع على ناسخه في نفس الامر ظاهر الان الظاهر انه لا يخطئ في ظن غير الناسخ ناسخاً لا قطعاً فلو اتفق في خصوص محل بأن عمله بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للجهت غلطه في استدلاله بذلك الدليل لاشك انه لا يكون مما يحكم فيه بنسخ مرويه لان ذلك ما كان الا للاحسان الظن بنظره فأما اذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رأيه وفي الموطأ سنن أبي داود عن يحيى بن سعيد بن رجلا سألا أبا موسى الانصاري فقال اني مصفت عن امرأتى من ثديها لبناً فذهب في بطني فقال أبو موسى لا أراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله ابن مسعود انظر ما تفتي به الرجل فقال أبو موسى فمات قول أنت فقال عبد الله لا رضاعة الا ما كان في حولين فقال أبو موسى لا تسألوني عن شيء مادام هذا الخبرين أظهركم هذه رواية الموطأ فرجوعه اليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعماء أفتاء بالحرمة لا يكون الا ذكره الناسخ له أولته ذكره عنده وغير عائشة من نساء النبي صلى الله عليه وسلم يابن ذلك ويقبل لانرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الارخصة لسهولة خاصة ولعل سببه ما تضمنه مما يخالف أصول الشرع حيث يستلزم من

الرضاع في إزالة المحرم شرعاً
(قوله) واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) سواء فطم أو لم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن أبي حنيفة حتى لو فطم صبي قبل الحولين أو قبل ثلاثين شهراً عند أبي حنيفة ثم أرضعته امرأته قبل ان غضى عليه مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوي بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تشبهاً بطواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور في ظواهر النصوص الرضاع وهو يقتضي رضيعاً لا محالة والكبير لا يسمى رضيعاً روى ان أبا موسى الانصاري سئل عن رضاع الكبير فأوجب الحرمة ثم أوأعبد الله ابن مسعود فسأله عن ذلك فقال أترون هذا الاشط رضيعاً فيكم فلما بلغ أبا موسى قال لا تسألوني عن شيء مادام هذا الخبرين أظهركم وقد انفتحت الصحابة على هذا

(قوله) والكبير لا يسمى رضيعاً (الخ) أقول قد سبق ان الرضاع في اللغة مص اللبن من الثدي مطلقاً ولا نسلم انه يقتضي رضيعاً بل راضعاً ويطلق على الكبير

في اللغة الراضع يقال لثيم راضع أي يرضع غنمه ولا يجعلها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن

ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن أبي حنيفة رجه الله اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشوء
بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قليل لا يباح لان اباحت ضرورية لتكون جزءا لا دى
قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) للحديث الذي روينا (الأم أخت من الرضاع

عورتها بشفتيه فيمكن بان ذلك خصوصية وقيل سببه ان عائشة رجعت وفي الموطن ابن عمر
جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال كانت لي وليدة فكنت أصيبها فعدت امرأتى اليها فأرضعتها فدخلت
عليها فقالت دونك قد والله أرضعتها قال عمر أوجعها وأت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغير (قوله
ولا يعتبر الفطام قبل المدة) حتى لو فطم قبل المدة ثم أرضع فيها ثبت التحريم الا في رواية عن أبي حنيفة
انه اذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفى بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا رضع فيه ارواها الحسن عنه وفي
واقعات الناطقي الفتوى على ظاهر الرواية انها تثبت ما لم تحض اقامة للظنة مقام المثة فان ما قبل المدة
مظنة عدم الاستغناء (وهل يباح الارضاع بعد المدة قليل لانه جزء لا دى فلا يباح الانتفاع به الا
للضرورة) وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للنداء وأهل الطب يشبثون اللبن البنت أى الذى
نزل بسبب بنت مرضعة تفعلوا جمع العين واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه
يزول به الرمد ولا يخفى ان حقيقة العلم متعذرة فالمراد اذا غلب على الظن والافهم معنى المنع (قوله
ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) للحديث الذى روينا (وهو بهذا اللفظ (قوله الأم أخت من
الرضاع) يصح اتصال قوله من الرضاع بكل من الام والاخت وبهم من جهة المعنى فالاول أن يكون
للرجل أخت من النسب لها أم من الرضاعة لم تكن أرضعته تحلل له والثاني أن يكون له أخت من
الرضاعة لها أم من النسب تحلل لها اذا لم تكن هى المرضعة والثالث أن يرضع الصبي والصبية امرأة
ولاخته من الرضاعة أم أخرى من الرضاع يحل للصبي تلك الام أمام من جهة الصناعة فانما يتعلق بالام
حالامنه لان الام معرفة فيجب الحار والمجرور حالامنه لا متعلقا بمجرور وليس صفة لانه معرفة أعني
أم أخته بخلاف أخته لانه مضاف اليه وليس فيه شيء من مسوغات مجي الحال منه ومثل هذا يجي في
أخت انه ولو قال أخت ولده كان أشمل فالاول له ابن من النسب له أخت من الرضاعة بأن ارتضع مع
أجنبية من لم تكن امرأة أبيه حلت لبيه لانها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيته والثاني له ابن من
الرضاع بأن ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل أخته من النسب والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا
له أخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بأن ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت أخته لبيه من
الرضاعة وعلل استثناء الاول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذى هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد
تعليبه الحرمة في أم أخته من النسب بكونها أمه أو موطوءة أبيه وكذا في تعليبه اخراج أخت ابنه من
الرضاع بقوله ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليبه حرمة أخت الابن من النسب بقوله لانه لما وطئ
أمها حرمت عليه وانما اقتصر على هذا بناء على انه ليست بنته لوضوح الشق الآخر فأد بالتعليق
ان المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب لفيده انه اذا انتفى في شيء من صور الرضاع انتفت
الحرمة فيستفاد انه لا حصر فيما ذكر وقد ثبت كذلك الانتفاء في صور أخرى الاولى أم النافلة من
الرضاع بأن أرضعت نافتك أجنبية يجوز التزوج بها لا تنفاسب التحريم في النسب وهى كونه ابنتا
أو حليلة الابن الثانية جدة ولدك من الرضاع بأن أرضعت ولدك أجنبية لها أم يجوز تزوجك بالام
لانها ليست أمك وزاد بعضهم أم العم من الرضاع وأم الخال من الرضاعة وكذا عم ولدك لانها من النسب
أختك وليست أختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها أن تتزوج بابن أختها من الرضاع وبأخي ولدها
وبأبي حفيد هامنه ويجد ولدها منه وخاله ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل وقد
جعت في قوله

قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا) من قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح وقوله (الأم أخته من الرضاع) جازان يتعلق بالاخت مثل ان يكون الرجل أخت من الرضاعة ولها أم من النسب فانه يجوز له ان يتزوج أم أخته التي كانت أمها من النسب وجازان يتعلق بالام مثل ان يكون له أخت من النسب ولها أم من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج أم أخته التي كانت أمها من الرضاعة وجازان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ندى امرأة واحدة أجنبية وللصبية أم أخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج أم أخته التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بهارضيعا وقوله لما روينا إشارة الى قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

(قوله جاز أن يتعلق بالاخت الخ) أقول يعنى بحسب المعنى والافهم بحسب الصناعة حال من الام

فانه يجوز أن يتزوجها ولا يجوز) أن يتزوج أم أخته (من النسب) لانها تكون أمه أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع ويجوز أن يتزوج أختا بنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانهما وطئ أمها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع (وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) لما روينا وذكر الاصلاص في النص لاسقاط اعتبار التبني

يفارق النسب الرضاع في صور * كأم نافلة وجددة الولد

وأعم وأخت ابن وأم أخ * وأم خال وعممة ابن اعتمد

وقوله (الاسقاط اعتبار التبني) فان حليلة الابن المتبني كانت حراما في الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع أو لاسقاطها جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبني في الاسقاط أجب بأن حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحملناه على حليلة الابن المتبني لثلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة

واستشكل الحاق أم الم وأم الخال بأنهما ما أن يكون كل منهما جدته من الرضاع أو موطوءة جدته من الرضاع وكلاهما محرم في النسب الا ان أراد بالأم من الرضاع من رضع مع أبيه وبخال منه من رضع مع أمه وله أم أخرى من النسب أو الرضاع فيثبت يستقيم ولقائل أن يمنع الحصر لحواز كونها لم ترضع أباه ولا أمه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جدته بل أجنبية أضعفت عنه من النسب وخاله ثم قالت طائفة هذا الاخراج تخصيص الحديث أعني يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على انه ليس تخصيصا لانه حال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم بالنسب هو ما يتعلق به خطاب محرمه وقد تعلق بما عبر عنه بالفظ الامهات والبنات واخوانكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فما كان من مسمى هذه الالفاظ متحققا في الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شئ منها من مسمى تلك فكيف تكون مخصصة وهي غير متناولة ولذا اذا خلا تناول الاسم في النسب جاز النكاح كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما أن يتزوج بنت الآخر وان كانت أخت ولده من النسب وأنت اذا حققت مناسبات الاخراج أم ممكنة تسمية صور أخرى والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب أن يكون منقطعاً أعني قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الأم أخته الخ وعلى هذا فلا استدلال على تحريم حليلة الاب والابن من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل لان حرمتها ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية فان المحرمات من النسب سبع وهن اللاقي عددنهن أنفا كافي آية المحرمات وما بعدهن في المحرمات بالرضاع والصهرية ومقتضى الحديث ان من كانت اما من الرضاعة أو بنتاً أو أختاً أو بنت أخ الخ تحرم فثبتت تحريم حليلة كل من الاب والابن من الرضاعة قول بلا دليل بل الدليل يفيد ملها وهو قيد الاصلاص في الآية وكونه لاخراج حليلة المتبني لا يفتي ان يكون لاخراج حليلة الاب والابن من الرضاع اصل احية لذلك فكان لاخراجها أيضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفى على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الاختين من الرضاع فان الحديث المذكور يفيد منعه لانه يحرم من النسب الجمع بين الاختين منه فكذا الجمع بين أختين من الرضاع فان قلت فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجماع الجزئية فالجواب ان الجزئية المعنوية في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن النسب وانبات اللعم لا مطلق الجزئية وهذه ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة اذ لانبات اللعم من المني المنصب في الرحم لانه غير واصل من الاعلى فهو بالحقيقة أشبه منه بالشروب حيث يخرج كهاشياً فشمأحق لا يسقى منها شئ ولا يستعمل الى جوهر الانسان كما يخرج المني ولذا فلا يفتي منه في المرأة شئ استحلال الى جوهرها (قولاً وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) أي كما لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من النسب كذا لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من الرضاع فان قيل ذكر الاصلاص في آية المحرمات يخرجها مما أوجب بانها زلت لاسقاط طعنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبني فالقيد لاسقاط حرمة زوجته بقي ان يقال فن أين يثبت تحريمهما او يجب بعوم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم

على ما بيناه (ولبن الفعل يتعلق به التحريم وهو أن ترضع المرأة صبياً فحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آباءه وأبنائه ويصير الزوج الذي نزل إمامه اللبن بالرضعة) وفي أحد قولي الشافعي لبن الفعل لا يحرم لأن الحرمة لشبهة البعوضة واللبن بعضها لا بعوضة ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليح عليك أفلم فانه عمك من الرضاعة

وقوله (ولبن الفعل) من باب إضافة الشيء إلى سببه لأن سبب اللبن إغماؤه والفعل وكلامه واضح وقوله (عليه السلام لعائشة ليح عليك أفلم فانه عمك من الرضاعة) دليل واضح على ذلك فان عائشة ارتضعت من امرأة أبي القعبس وكان اسم أخي أبي قعبس أفلم فلما كانت تلك المرأة مالها كان زوجها أبا لها وأخو الزوج عاملها لاصحالة وروى أنها قالت يا رسول الله إن أفلم أخا أبي القعبس دخل علي وأنا في نياح فصل فقال ليح عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت إغما أرضعتني المرأة الرجل فقال عمك من الرضاعة وذلك لا يكون إلا باعتبار لبن الفعل

(قوله وكان اسم أخي أبي قعبس أفلم) أقول أفلم أخو أبي قعبس على ما يشهد عليه كتب الأحاديث وغيرها

من النسب وقد علمت ما في الجوابين ومن فرعه ما فرع لطيف وهو رجل زوج أم ولده من رضيع ثم اعتقها فاخترت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت إلى الرضيع الذي كان زوجها فأرضعته حرمت على زوجها لأن الصغير صار ابنه فلو بقي النكاح صار متزوجاً بأمه أمه من الرضاعة (قوله على ما بيناه) أي في فصل المحرمات (قوله ولبن الفعل) هو من إضافة الشيء إلى سببه (يتعلق به التحريم) يعني اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج أو سيد يتعلق به التحريم بين من أرضعته وبين ذلك الرجل بأن يكون أبا للرضيع فلا تحل له أن كانت صبية لأنه أبوها ولا لأخوته لأنهم أعمامها ولا لأبنائه لأنهم أجدادها ولا لأعمامه لأنهم أعمام الأب والأولاد وان كانوا من غير المرضعة لأنهم أخوتها لا أبناء أولادها لأن الصبية عنهم وإذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فنها أولى فلا تزوج أباً لها لأنه جد لها ولا أخاً لها لأنه خالها ولا عملاً لها لأنها بنت أخيه ولا خالها لأنها بنت بنت أخوته ولا أبناءها وإن كانوا من غير صاحب اللبن لأنهم أخوتها لا أمهات ولو كان لرجل زوجتان أرضعت كل منهما ما بنتا لا يحل لرجل أن يجمع بينهما لأنهما أختان من الرضاع لا ببحلاف ما لو تزوجت برجل وهي ذات لبن لا خير قبله فأرضعت صبية فأنهار ببيتة لثاني وبنت للأول فيحسب تزوجها بأبنائه إنشائي ولو كان المرضع صبياً حل له تزوجه ببناته هذا ما لم تلد من الثاني فإذا ولدت من الثاني فإن أرضعت رضيعاً فهو ولد لثاني وإن حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الأول فالحال تلد اللبن من الأول والرضيع به ولده عند أبي حنيفة رضي الله عنه ثبتت منه الحرمة خاصة وعند محمد درجة الله ولدهما فثبتت الحرمة من الزوجين وقال أبو يوسف إن علم أن اللبن من الثاني بامارة كزيادة فهو ولد الثاني والأفهم ولد الأول وعنه إن كان اللبن من الأول غالباً فهو له وإن كان من الثاني غالباً فهو لثاني وإن استويا فلهما وبقول أبي حنيفة قال الشافعي رضي الله عنه في الجديد وقد حكى الخلاف هكذا إن زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الأول عند أبي حنيفة رضي الله عنه وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقاً أنسب بقول محمد درجة الله فيما إذا اختلف لبن امرأتين كما سيعلم فيها وبخلاف ما لو ولدت للزوج فتزل لها لبن فأرضعت به ثم جف لبنها ثم ذلها فأرضعت به صبية فإن ولد الزوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لأن هذا ليس ابن الفعل ليكون هو أباً كما لو لم تلد من الزوج أصلاً وتزل لها لبن فانه لا يثبت بارضاعها تحريم بين ابن زوجها ومن أرضعته لأنها ليست بنته لأن نسبته إليه بسبب الولادة منه فإذا انتفت النسبة فكان كابن البكر ولبن الزنا كالحلال فإذا أرضعت به بنتاً حرمت على الزاني وآبائه وأبنائه وأبنائهم وان سفلوا وفي التجنيس من علامة أجناس الناطقي عن الشيخ أبي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس لا يجوز للزاني أن يتزوج بالصبية المرضعة ولا لآبيه ولا لأجداده ولا لأحد من أولاده وأولادهم ولم الزاني أن يتزوج بها كما يجوز له أن يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لأنه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على آباء الزاني وأولاده لا اعتبار الجزئية والبعوضة ولا جزئية بينهما وبين المم وأثبتت هذا في حق المتولدة من الزنا فكذا في حق المرضعة بلبن الزنا قال في الخلاصة وكذا لو لم تحبل من الزنا وأرضعت لابن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتاً عليه من النسب وذكر الوبري أن الحرمة تثبت من جهة الأم خاصة ما لم يثبت النسب فحينئذ تثبت من الأب وكذا ذكر السيوطي وصاحب النبايع وهو أوجه لأن الحرمة من الزنا للبعوضة وذلك في الولد نفسه لأنه مخلوق من مائه دون اللبن إذ ليس اللبن كائناً عن منه لأنه فرع التعذي بخلاف الولد

ولأنه سبب النزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطاً فإن قيل ما قام مقام الشيء في إثبات الحكم أمان يكون مثل ذلك أو دونه لا محالة وههنا لو ارتضع الصبي من ثدوة الرجل نفسه إذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف تثبت بارتضاع اللبن بسببه ولا تثبت من اللبن الحاصل من نفسه أعجب بأن افتراق الحكم لاقتراق الوصف وذلك لأن المعنى الذي لأجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارتضاع الرجل فإن ما ينزل من ثدوة الرجل لا يغذى به الصبي ولا يصل به إنبات اللحم وهو نظير وطء الميتة فإنه لا يوجب حرمة المصاهرة وإن كان السبب موجوداً وانما اختاروا هذه العبارة وهي (١١) ملبسة فأنهم اتوهم أن المراد به ما ينزل

ولانه سبب انزول اللبن منها يضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا (ويجوز أن يتزوج الرجل باخت أخيه من الرضاع) لانه يجوز أن يتزوج باخت أخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له أخت من أمه جاز لأخيه - من أبيه أن يتزوجها (وكل صبيين اجتمعوا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما أن يتزوج بالآخرى) هذا هو الاصل لان أمهما واحدة فهما أخ وأخت (ولا يتزوج المرضعة أحدا من ولد التي أرضعت) لانه أخوها (ولا ولدها) لانه ولد أخيها (ولا يتزوج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة لانها عتمة من الرضاعة

دون الانعام وقوله (ولا يتزوج المرصعة أحد من ولد التي أرضعت) قال في النهاية المرصعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب
أحدا على المفعولية من ولد التي على طريق الإضافة وهذا هو الأصل من النسخ وفي نسخة أخرى ولا يتزوج المرصعة أحد من ولد التي أرضعت
بعكس الأولى في الفاعلية والمفعولية وهذا أيضا صحيح وكان كلاهما بخط شيخني ونسختان أخرتان ليستا بصحيتين وهما بعد صيغة اسم
الفاعل في المرصعة كونهما فاعله أو مفعوله على ما ذكرنا ولكن هذان التقديران لا بدوان يكون من الولد الذي أرضعته معرفا باللام وكلامه ظاهر

(قوله لا بدوان يكون من الولد الذي أرضعته معرفا باللام) أقول وأنت نجيب بأنه يصح المعنى بدون جعل الولد معروفا باللام فإن امرأه إذا

وقوله (واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب) فسر محمد الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن ثبتت الحرمة وان غير لا تبتد وقال أبو يوسف ان غير طعم اللبن ولو أنه لا يكون رضاعا وان غير أحدهما لا يكون رضاعا وقوله (خلافا للشافعي) فان عنده إذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في حب الماء فشر به الصبي ثبتت به الحرمة هو يقول انه موجود حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا يشكر ونحن نقول مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كافي اليقين حلف لا يشرب لبنا فشر به لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يثبت فان قيل فعلى هذا ان اعتبر جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وان اعتبر جهة الحقيقة ثبت لان اللبن موجود حقيقة وان قل فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطاً أوجب بأن التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل المجتنبين على السواء وعنه لم يثبت المساواة بينهما لان الغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليًا وهو جهة الحرمة وكان الترجيح له في راجع الى الذات لا المعنى راجع الى الحال وهذا كما يرى متناقض (١٣) لانه في التعارض وأثبت الترجيح للفضل الذاتي ولا ترجيح لالبعده التعارض والصواب

ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع أمر حكيم فمال يمكن في الحكم موجودا لا مدخل له فيه سلمناه ولكن تعارض ضربا ترجيح أحدهما ما راجع الى الذات والآخر الى الحال والاول أولى وموضعه الاصول ويؤيد ما ذكرنا ما اذا وقع قطرة من الدم أو الخمر في حب من الماء نجسه وان غلب الماء حقيقة لانه لم يكن غالباً حكماً لان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرة في عشر وما دونه في حكم القليل فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت موجودة معه وقوله (واذا اختلط اللبن بالطعام) واضح وقوله (لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا)

واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب يتعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول للمغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كافي اليقين (وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم) وان كان اللبن غالباً عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا إذا كان اللبن غالباً يتعلق به التحريم قال رضى الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا

وما في الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي أرضعته رضع مع المرضعة أو كان سابقا بالسن بسنين كثيرة أو مسبوفا بارضاعها بأن ولد بعد هابسين وكذا لا يتزوج أخت المرضعة لانها خالته (قوله) واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب يتعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله) فان الاصح عنده انه إذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم والا فلا وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مانع أوجامد واعتبر ما لا يرضى الله عنه في جميع ذلك ان يكون اللبن مستهلكا (قوله هو) أي الشافعي رضى الله تعالى عنه (يقول انه) أي اللبن على ظاهر نقل المصنف عنه وعلى ما هو الاصح فرجع الضمير الى عدم الحرمة (موجود فيه حقيقة) فيستلزم حكمه من التحريم (قوله ونحن نقول) حاصله القياس على اليقين على ان لا يشرب لبنا فانه لا يتعلق الخبز بشره مغلوبا بالماء لان الظاهر حكم الغالب فكذلك في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر ان حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لعدم تعلق التحريم باختلاف حكم الاصل والذرع لانه في الاصل حرمة شرب اللبن بلا ضرورة له تلك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع حل الشرب والسبي غير أنه يترتب عليه حرمة التكاح وحينئذ للشافعي رحمه الله ان يقول بل هناك فارق وهو بناء الايمان على العرف والعرف لا يعتبر بالمغلوب فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شرب لبنا الا ان يقال لمخلوطا فبقيدونه واما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مدفع لهذا الا ان يقال انه اذا كان مغلوبا بالماء فكذلك غير مثبت لذهاب قوته ولا عبرة بالمنظرة عند تحقق الخلوعن المثنية هذا اذا اختلط بالماء أما لو اختلط بالطعام فهي المسئلة التي ذكرها عقيب هذه وقولهما فيها كقولهم في الاختلاط بالماء وعن أبي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وان غلب اللبن هذا اذا لم تمسه النار اما ان طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق (لهما أن

العبرة

يعني سواء كان غالباً أو مغلوباً ما اذا كان مغلوباً فظاهر واما اذا كان غالباً فلا نه اذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعاً للطعام وان كان غالباً حتى لا يسمى لبناً مطلقاً

أرضعت صبية ثم جاء من المرضعة بفتح الصاد ولا يجوز لتلك المرأة أن تتزوج ولا مرضعتها (قوله فسر محمد رحمه الله الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن ثبتت الحرمة الخ) أقول فيه ان وضع المسئلة في الاختلاط بالماء لا بالدواء فلا يلزم هذا التفسير هنا بخلاف ما فعله صاحب النهاية (قوله ولا ترجح الابعاد التعارض) أقول لا يتجه ذلك عليه بعد ما بين مراده بالتعارض بتفسيره فانه تنسبه انه لا يرد به التعارض المصطلح وكأنه يقول انما ترجح الحرمة ان لو لم يكن لدليل انتفاء الحرمة ترجحنا على دليلها فليست أم (قوله لان الحقيقة الخ) أقول أي الحقيقة المجردة عن الحكم الآن الحكم ينزع فيه (قوله وموضعه الاصول) أقول في باب المعارضة والترجيح (قوله ويؤيد ما ذكرنا) أقول يعني قوله الحقيقة لا تعارض الحكم

وقوله (فصار كالمغلوب) فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما اما ما لم يكن مغلوبا او يكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود والجواب أن هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم في قول أبي حنيفة أن ذلك عنده اذالم يتقاطر اللبن من الطعام عند دجل اللقمة فاما اذا كان يتقاطر منه فثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغذية بالطعام لانه الاصل دون اللبن والمعتبر بما يقع به التغذية الموجب لاثبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق التحريم به لان اللبن (١٣) يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا

والدواء يخلط به ليقيه على الوصول الى الما ليصل اليه بانقراده فان قلت اذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب ان يستوى الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه يحرم قلت النظر ههنا الى المقصود فان كان غالبا كان القصد الى التغذية به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوى واللبن تقوية الدواء بلوح الى هذا قوله واذا خلط دون اختلط وقوله لان اللبن يبقى مقصودا قال (واذا اختلط اللبن بلبن شاة) * صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل أبي يوسف في المسئلة الثانية لما ذكرنا ان المغلوب كالمستلك لعدم بقاء منفعة كما اذا صب كوز من الماء العذب في البحر ووجه قول محمد وزفران الغلبة ههنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس اذا الغلبة بالاستهلاك والشئ لا يصير مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود والمقصود ههنا متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فثبت الحرمة بهما جميعا وعن أبي حنيفة في هذا روايتان في رواية قوله كقول أبي يوسف وبه قال الشافعي في قول وفي رواية كقول محمد وزفر

أن العبرة للغالب كما في الماء اذ لم يغيره شئ عن حاله ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا يعتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذية بالطعام اذ هو الاصل (وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم) لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم (وان غلب ابن الشاة لم يعلق به التحريم) اعتبارا للغالب كما في الماء (واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله) لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه (وقال محمد) وزفر (يتعلق التحريم بهما) لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشئ لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن أبي حنيفة في هذا روايتان

العبرة للغالب فصار كالماء اذ لم يغيره شئ عن حاله ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الطعام أصل واللبن تابع فيما هو المقصود وهو التغذية وهذا لان خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع الا بعد تعوده بالطعام وتغذيته به وعند ذلك يعلق تغذيته باللبن ونشؤه منه فقد اجتمع في جوفه ما يثبت واحدهما أكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فان قيل فرض المسئلة ان اللبن غالب في القصة اما عند رفع اللقمة الى فيه فأكثر الواصل الى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبر بغلبة اللبن ان غلب وأثبتنا الحرمة ثم قال المصنف ولا يعتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح احترازا من قول من قال من المشايخ ان عدم اثبات أبي حنيفة رحمه الله الحرمة واللبن غالب هو اذ لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة امامه فيحرم انفاقا لان تلك القطرة اذا دخلت الجوف أثبت التحريم والصحيح اطلاق عدم الحرمة لان التغذية حينئذ بالطعام والتغذية مناط التحريم (قوله فان اختلط) أي اللبن بالدواء حاصله انه كالماء لان اللبن اذا كان غالب مع الدواء ظهر قصدان الدواء لتنفيذه وعلى هذا اذا اختلط بالدهن أو النبيذ تعلق به التحريم سواء أوجب بذلك أم استعط (قوله واذا اختلط اللبن بلبن شاة) فان كان للغالب لبن الأدمية تعلق التحريم بشرب الصغير (ياه) أولبن الشاة لا يعلق به تحريم لان لبن الشاة لم يكن له أثر في اثبات الحرمة كان كالماء فيعتبر الغالب ولو تساوى وجب ثبوت الحرمة لانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا (قوله واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله) وبه قال الشافعي وقال محمد ثبتت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وعن أبي حنيفة روايتان رواية كقول أبي يوسف ورواية كقول محمد وجه قول أبي يوسف جعل الاقل تابعا للاكثر وجه قول محمد ان الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شئ منهما تابعا للاخر فيثبت التحريم مبن كل منهما استقلا لا قال

(قوله فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما الخ) أقول يريد المصنف انه يصير كالمغلوب حقيقة في أنه غير موجود لكونه غير مقصود حكما وحاصله قياس محل الخلاف بجعل الوفاق وجعل الكاف زائدة لا يفيد لانه ان أريد أنه مغلوب حقيقة فظاهر انه ليس كذلك وان أريد أنه مغلوب حكما من حيث انه ليس بمقصود فعنى التشبيه أيضا يؤل اليه (قوله لان وصول قطرة منه يحرم) أقول الاظهر أن يقول بدله لان اللبن

وأصل المسئلة في الايمان اذا حلف لا يشرب من اين هذه البقرة فخلط لبنها بلين بقرة أخرى وهو غالب فشر به فهو على هذا الاختلاف عند أبي يوسف لا يبحث لان المغلوب كالمسلم لا وعند محمد يبحث لان الشيء يتكرر بحسنه ولا يصير مستمرا كما وقوله (واذا نزل للبكر لين) ظاهر قوله (واذا حلب لبن المرأة) (١٤) بعدموتها فأوجر الصبي فعلق به التحريم خلافا للشافعي فيد بالموت لانه

وأصل المسئلة في الايمان (واذا نزل للبكر لين فأرضعت صبيانا فعلق به التحريم) لا طلاق النص ولانه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية (واذا حلب لبن المرأة بعدموتها فأوجر الصبي فعلق به التحريم) خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطة الموت لم يبق محلا لها وله هذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللين وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما أما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا محل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

(وأصل المسئلة في الايمان) اذا حلف لا يشرب من اين هذه البقرة فخلط لبنها بلين بقرة أخرى فشر به ولين البقرة المحلوف عليها مغلوب في النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بينا وقال شارح عند محمد يبحث وعندهما لا يبحث ولا يبحث انه انما يكون أصلا للخلاف اذا كان على ما في النهاية وكان ميل المصنف الى قول محمد حيث أخر دليله فان الظاهر ان من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع لا آخر وأصله ان السكوت ظاهر في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد أيضا وهو ظاهر (قوله) واذا نزل للبكر لين تعاق به التحريم لا طلاق النص ولانه سبب النشوء وعليه الاربعة الا في رواية عن الشافعي رحمه الله ورواية عن أحمد لانه نادر فأشبهه لبين الرجل فلنا ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل اذا وجد وسند كرهه (قوله) واذا حلب لبن امرأة بعدموتها فأوجر به صبي فعلق به التحريم) وبه قال مالك وأحمد (خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الحرمة الى غيرها بواسطة الموت لم يبق محلا لها ولهذا) أي لعدم المحلية (لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب الجزئية) وحاصله الغناء الفارق بين الاجماعية وهي ما اذا كانت حية والخلافية وهي ما اذا كانت ميتة وهو موتها لان حياتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم الخ وهو حاصل بلين الميتة والارتضاع غلام العلة وموتها غير مانع لان مانعته ان أضيفت الى انتفاء محليتها مطلقا للعكم منعناه لثبوت بعضها كالموت تزوج رجل بهذه الصبيبة في الحال حل له دفن الميتة وبعدها لانها محرمة أم زوجته وأيضا بالنسبة الى غيرها حتى لا يجوز له الجمع بين الرضعية وبنت الميتة لانهم أختان أو بالنسبة الى حرمة نكاحها فقط منعنا تأثيره في افادة المانعية بل يفسدها انتفاء الحكم مطلقا فان بين المانعية بان الحكم وهو حرمة النكاح ثبتت أولا فيها ثم يتعدى قلنا ان أردت انه لا يتعدى الى غيرها الا بعد ثبوته فيها منعناه بل ذلك عند اتفاق محليتها حينئذ مع ان الحرمة انما تثبت في الكل معاشرارا والتقدم في الام ذاتي لازماني فاذا تحقق المانع في حقها ثبتت فيمن سواها ولو علل ابتداء بنجاسة اللبن أو الحرمة كرامة اذ فيه تكثير الاعوان على المقاصد والسكن والموت تنجس فان أراد عيننا منعناه بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند أبي حنيفة وقد أسلفنا توجيهه بان التنجس بالموت لما حلت له الحياة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم التنجس اذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن الى ظاهر والميقن من الشرع فيه انه لا يوجب تغير وصفه بخلاف البول وأبو يوسف ومحمد انما قالوا لا تنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة كالموت حلب في انما تنجس وأوجر به الصبي تثبت الحرمة وان أراد التنجس منعناه لما ذكرناه والوجور الداء يصب في الخلق قسرا بفتح الواو والسعوط صبه في الانف ويقال أوجرته ووجرته (قوله) اما الحرمة في الوطء) جواب عن

لوحاب قبل الموت وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة لان الحرمة تثبت بينهما ثم تتعدى منها الى غيرها بواسطة الموت لم يبق محلا لها لعدم الفائدة وله هذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة ولم يبق محلا لها حتى تتعدى الى غيرها ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللين لان الموت يخرج عنه كونه مغذيا كما انه لم يخرج لجمعه عن ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في الميتة دفنا وتيمما بان كان لهذه المرضعة التي أوجر لبن هذه الميتة في جهاز زوج فان لهذا الزوج ان يدفن ويقيم الميتة لانه صار محرما لها حيث صارت أم امراته وقوله وأما الحرمة جواب عن قوله وله هذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة بالوطء انما تثبت بعلاقته بمحل الحرث لتثبت به الحرمة ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا

هو المقصود ثم يمنع ذلك في الجواب اذا كان مغلوبا (قوله) وبالموت لم يبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها قياسه حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة الخ) أقول ولت أن تقول لوصح هذا الدليل يلزم أن لا تثبت الحرمة عنده فيما لو حلب قبل الموت وأوجر بعده الا أن يقال يثبت بالاسناد وفيه بحث

(وقوله واذا احتقن باللبن) قال في النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال حقن المريض دواء بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع واحتقن مبنيا للفعول غير جائز فنعين حقن ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كرهين فجعله متعديا فاعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للفعول وهو الاكثر في استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر (قوله وهذا لان اللبن انما يتصور عن تصور منه الولادة) بيانه ان الله تعالى خلق اللبن في الاصل لغذاء الولد اعدم احتماله لسائر (١٥) الاطعمة والاشربة في ابتداء حاله

ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن على التحقيق عن تصور منه الولادة كذا في النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص عن تصور منه الولادة اذا تأملت لكن اختصاصه بالانثى الولد من الحيوان وهو الذي يكون أدونا لاصحوخا في غير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف وهو دليل على ان ما في الآدمي في الذكركر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك

(واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم) وعن محمد انه ثبتت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فأما المحرم في الرضاع فعنى التشوه ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذى وصوله من الاعلى (واذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبي لم يتعلق به التحريم) لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به التشوه والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور عن تصور منه الولادة

قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق وهو ان سبب الحرمة في الرضاع الانبات والتشوه بواسطة التغذية وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولادة ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تصور الجزئية بخلاف الجزئية المعبرة في الرضاع لانها واقعة في ارتضاع لبن الميتة (قوله واذا احتقن) قال في المغرب الصواب حقن اذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز عندهم قال في النهاية لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فاعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريدان منع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدى واذا قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد انه متعد لم يكن بناءؤه للمفعول خطأ وهذا غلط لان ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعديه لافعال منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال واذا احتقن الصبي بل الى الحقنة وهي آلة الاحتقان والكلام في بناءه للمفعول الذي هو الصبي ومعلوم ان كل قاصر يجوز بناءؤه للمفعول بالنسبة الى المجرور والظرف بكاس في الدار ومزيد وليس يلزم من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة الى المفعول بل اذا كان متعديا اليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين اصحابنا في كثير من الاصول وهو قول الائمة الاربعة وكذا لا يثبت بالاقطار في الاحليل والاذن والجانفة والائمة كذا أطلقه بعضهم ونص آخرون على انه اذا وصل الى الجوف ثبتت الحرمة وبعضهم ذكر انه روى عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة وجه الظاهر ان المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من السافل بل الى المعدة وذلك من الاعلى فقط والاقطار في الاحليل غاية ما يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي وكذا في الاذن لضيق الثقب وفيه نظر لتصريحهم بالفطر بافطار الدهن في الاذن لسريانه فيصل الى باطنه ولا يمنع ضيقه والوجه كونه ليس مما يتغذى به وينبت وان حصل به رفق من ترطيب ونحوه والمفسد في الصوم لا يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجور والسعوط ثبتت به الحرمة اتفاقا (قوله واذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبي لم يتعلق به التحريم) لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به التشوه والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور عن تصور منه الولادة وقد ذكر في بعض الحكايات انه اتفق لرجل ارضاع صغيره فان صح فهو من خوارق العادات لا يبنى الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم انه لو نزل ليكره لم يبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم ويحكم بأنه ليس لبنا كما لو نزل للسكر ماء أصفر لا يثبت من ارضاعه تحريم والوجه الفرق بعدم التصور مطلقا فاذا تحقق لبنا ثبتت الحرمة بخلاف الرجل لان الحكم

(قوله قال في النهاية صوابه) الى قوله في استعمال الفقهاء أقول الى هنا كلام النهاية (قوله فلهذا اختص اللبن على التحقيق عن تصور منه الولادة) أقول لانه هو المربي لا الذكور (قوله لكن اختصاصه بالانثى الولد من الحيوان وهو الذي يكون أدونا لاصحوخا في غير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف) أقول قوله مما هو ثابت خبر لكن وقوله هو راجع

الى الولد قال ابن خلكان في ترجمة يزيد بن المغرغ العرب تقول كل سكاء تبيض وكل سقاء تلد السكاء التي لاذن لها والشرقاء التي لها اذن طويلة والضابط عندهم فيه ان كل حيوان له اذن ظاهرة فانه يلد وكل حيوان ليست له اذن ظاهرة فانه يبيض (قوله وهو دليل على ان ما في الآدمي في الذكركر ليس بلبن) أقول في دلالة ما ذكره عليه بحث الآن يراد الدلالة الظنية الضعيفة ومثلها يوجد فيما نقله من النهاية أيضا ثم اعلم ان قوله هو راجع الى الاستقراء

(واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم) لانه لا جزئية بين الادي والبهائم والحرمة باعتبارها (واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لانه يصير جامعين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبيا (ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلامهر لها) لان الفرقه جاءت من قبلها قبل الدخول بها

(واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الادي والبهائم والحرمة باعتبارها) وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي ان محمد بن اسمعيل البخاري صاحب الاخبار كان يقول ثبتت به حرمة الرضاع فانه دخل بخاري في زمان الشيخ أبي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فانك لست هناك فاني ان يقبل نصحه حتى استفتي عن هذه المسئلة فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخارا قال (واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبيا) فأما الكبيرة فان حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة ان كان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة لانها ربيبة لم يدخل بها (ثم انه ان لم يدخل بالكبيرة فلامهر لها) ان تعدت الفساد أولم تعدد (لان الفرقه جاءت من قبلها قبل الدخول بها)

لازم ادعاء بأنه ليس بلبن (قوله) واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لانه لا جزئية بين الادي والبهائم والحرمة باعتبارها اعلم ان ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فان الوطء ابتذال وامتهان وإرفاق ولهذا روى عنه صلى الله عليه وسلم قال الشكاح رق فليستظر أحدكم أين يضع كعبته ولا يحسن صدوره من مستفيد جزء نفسه وحياته لمقيدها اذا كان الرضيع صبيانا بالنسبة إلى المرضعة تكرمه لها وجعلت في الشرع أماله بسبب ان جزءا صار جزءا كإمام الام من النسب كذلك اذ جزء جزءا وجزءا جزءا لا يخرج جزء الاب والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فانما خلقها لا ابتذال الادي لها على انحاء الابتذال المأذون فيه من ما لكها سبحانه قال تعالى والانعام خلقها لكم فيها ذكوة ومنافع وفي آية أخرى فنهى عن كونهم ومنهايا كونهم وهوس سبحانه مالك الاشياء والحكيم على الاطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفضيل الدنيوي فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنه بابل ولجها وحصول الجزء منه من بهاء على الادي وجب مثل ما وجب لمساوية في نوعه من الاكرام والاحترام فلم تعتبر الشاة أم الصبي والالسان الكباش أباء والاختية فرع الامية وكذا سائر الحرم بعد ما انما ثبتت بتبعية الامية حتى الابوية فانه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الاب من النسب لان جراه انفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن انما يتولد من الغذاء والكائن من ماء الرجل انما يصل من أسفل والتغذي لبقاء الحياة والجزء لا يكون الا بما يصل من الاعلى الى المعدة ولكن لما أثبت الشرع أمية زوجته عن ارضاع لبن هو سبب فيه أثبت لهوية الرجل الابوية وحين لا أم ولا أب فلا اخوة ولا تحريم ونقل ان الامام محمد بن اسمعيل البخاري صاحب الصحيح أفتى في بخاري بثبوت الحرمة بين صبيين ارضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها والله سبحانه أعلم ومن لم يدق نظره في مناطات الاحكام وحكمها كثر خطؤه وكان ذلك في زمن الشيخ أبي حفص الكبير ومولده مولد الشافعي فانه مامعا ولد في العام الذي توفي فيه أبو حنيفة وهو عام حسين ومائة (قوله) واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه صار جامعين الام والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسبيا) ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لانها أم امرأته والعقد على البنت يحرم الام وأما الصغيرة فان كان اللبن الذي ارضعتا به الكبيرة نزل لها من ولده ولدت له الرجل كانت حرمتها أيضا مؤبدة كالكبيرة لانه صار أبالها وان كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت هذا الرجل وهي ذات لبن من الاول جاز له ان يتزوجها ثانيا لا انتفاء ابوته لها الا ان كان دخل بالكبيرة فيبدأ أيضا لان الدخول بالام يحرم البنت وأما حكم المهر فلا يجب للكبيرة ان لم يكن دخل بها لان الفرقه جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الرضاع وهو مسقط لنصف المهر كزمتها وتقبيلها ابن الزوج وتعليل السقوط باضافة الفرقه اليها يعرف منه ان الكبيرة لو كانت مكروهة أو نائمة فأرضعتا الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجره بالصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لا انتفاء باضافة الفرقه اليها وان كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لانفقة عدة لها الجنائمت ان لم تكن مجنونة ونحوها وأما الصغيرة فلا يتصور الدخول بالرضاعة فعليه لها نصف مهرها لان الفرقه وقعت لامن جهتها والارتضاع وان كان فعلها به وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في اسقاط حقها لعدم خطابها بالاحكام وصار كما لو قتلت مورثها فانما اثره ولا يكون

والصغيرة نصف المهر لان الفرقه لم تجب من قبلها) فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم تنصف الفرقه اليها اجاب بقوله (والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في اسقاط حقها) الا ترى انها لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابواها ولحقا بمبادا الحرب بانث من زوجها ولا يقضى لها بشئ من المهر ولم يوجد الفعل منها والجواب اننا قد قلنا كلما وقعت الفرقه بفعل من جهتها اسقطت حقها ولم يلزم ان كلما تقع الفرقه بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا لحقها امر آخر جها عن محلبة النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الابوين اسقط حقها (ويرجع به) أي بما أدى من نصف مهر الصغيرة (على الكبيرة ان كانت تعدت الفساد) بأن قصدت بالارتضاع افساد النكاح (وان لم تعد) بأن قصدت دفع الهلاك عنها جوعا (فلا شئ عليها وان علمت ان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد انه يرجع عليها في الوجهين) جميعا يعني في تعدد الفساد وعدمه لان من أصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاسطبل وحل قيد الا بقاء موجب للضمان على ما عرف في الاصول وفي المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء فكذلك في التسبب (والصحيح ظاهر الرواية لانها وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر) بتقبل ابن الزوج اذا بلغت حد ان شئ (وذلك يجري مجرى الاتلاف) في ايجاب (١٧) الضمان (لكنها مسببة في ذلك)

بالتأكيدها مباشرة (امالان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا) لان وضعه لتربية الصغير لا لافساد النكاح وانما ثبتت لافساد باتفاق الحال لتأديته الى الجمع بين الام والبن في ملك رجل نكاحا أو لان افساد النكاح ليس بسبب لزام المهر لانه غير مضمون بالاتفاق لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وايجاره وانما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لان ما يقوت به

(والصغيرة نصف المهر) لان الفرقه وقعت لامر جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها (ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعدت به الفساد وان لم تعد فلا شئ عليها وان علمت بان الصغيرة امرأة) وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنهما مسببة فيه (امالان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال قلها موجبا لحرماتها شرعا ولا توجب جورة بحكم الطبع على الارتضاع والكبيرة في القامها السدي محتارة فصار كمن التي حية على انسان فلسعته ضمن لان السع لها طبع فأضيف اليه وأورد عليه ما لو ارتد ابوا صغيرة منكوسة ولحقا بمبادا الحرب بانث من زوجها ولا شئ لها من المهر ولم يوجد الفعل منها أصلا فضلا عن كونه وجدا ولم يعتبر أوجب بأن الردة محظورة في حق الصغيرة أيضا على ما مر واضافة الحرمة الى ردتها التابعة لردة ابويها بخلاف الارتضاع لاحاطة له فتستحق النظر فلا يسقط المهر وهل يرجع به على الكبيرة ان تعدت الفساد يرجع به عليها والاي يرجع ونعمه بان تعلم قيام النكاح وان الرضاع منها مفسد وتعمده لا دفع الجوع أو الهلاك عند خوف ذلك فلم تعلم النكاح أو علمته ولم تعلمه مفسدا أو علمته مفسدا ولكن خافت الهلاك أو قصدت دفع الجوع لا يرجع والقول قول الكبيرة في ذلك مع عيها لانه لا يعرف الام جهتها وعن محمد انه يرجع في الوجهين ما اذا قصدت الفساد وما اذا لم تقصده والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولها ما أي الكبيرة وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بأن تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه وذلك أي تأكد ما هو على شرف السقوط يجري مجرى الاتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمون

(٣ - فتح القدير ثالث) المبدل يقوت به البديل أيضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة في تأكيده ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا أن الارضاع افساد النكاح لكن افساده

(قوله واعترض عليه الى قوله ولا يقضى لها بشئ من المهر الخ) أقول لو صح ما ذكرتم يلزم أن يقضى لها بالمهر هنا بطريق الاولى (قوله والجواب اننا قد قلنا كلما وقعت الفرقه بفعل من جهتها اسقطت حقها الخ) أقول فيه بحث والاصوب لا يسقط حقها ويجوز أن يقال الضمير في قوله من جهتها وحقها راجع الى المرأة الكبيرة دون الصغيرة اذا لعل منها شرعا لعدم اعتباره فليست أم (قوله وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبل ابن الزوج) أقول قوله هو راجع الى ما وقوله بتقبل متعلق بقوله شرف (قوله اذا بلغت حد ان شئ) أقول يعني الصغيرة المرضعة قال المصنف (لكنها مسببة فيه (امالان الارضاع ليس بافساد النكاح الخ) أقول كيف يكون ذلك وجهها ظاهر الرواية عن محمد وأصله ان المسبب كالمباشر فتأمل قال الاتفاق ما كان محتاجا المصنف الى كلمة الاستدراك بين امتحان وخبرها لانه لا يصح أن يقال أن زيد الكنه منطلق وهذا لأن قوله مسببة وقع خبرا في قوله لانها وان أكدت الخ اه وأنت خير بان مسببة خبر لكن وخبران محدوف أي ليست بمباشرة (قوله أولان افساد النكاح ليس بسبب لزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه الى قوله وانما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه) أقول

ليس بسبب لزوم المهر لما تنفر أيضا فان قيل اذالم يكن سببا لازما كيف وجب على الزوج نصف المهر أجاب بقوله الآن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف في باب المهر والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن لان العقود عليه عاذا لها سالما لكن من شرط وجوبه أي وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي مسبية واذا كانت مسبية يشترط فيه التعدي كافي حفر البئر وانما تكون متعديه اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارض مفسدة وقصدت به الفساد وأما اذالم تعلم بالنكاح أو علمت به ولم تعلم ان الارض مفسدة وعلمت به لكن (١٨) قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعديه لكونها مأمورة

بذلك أي بالارض لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس به ذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا في حق عدم وجوب الضمان عليها أجاب بقوله وهذا من اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لدفع الحكم وتقريره ان الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتهدي انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا اتقن العلم بالفساد اتقن قصد الفساد وكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لدفع الحكم فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لم ذلك ضمنا فلا معتبر به

الضمير في لانه راجع الى النكاح أيضا وقوله هو في قوله هو ملك راجع الى النكاح أيضا وقوله بل هو ناظر الى قوله ليس بسبب وصغيرة وطه راجع الى

أولان إفساد النكاح ليس بسبب لزوم المهر بل هو سبب لسقوطه الآن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسبية يشترط فيه التعدي كحفر البئر انما تكون متعديه اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارض الفساد أما اذالم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهالك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعديه لانها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعديه أيضا وهذا من اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لدفع الحكم نصف المهر لذلك لكنها مسبية فيه لامباشرة لان القام الندي شرط للفساد لانه بل العلة فعل الصغيرة الارض فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلي وهذا ظاهر غير ان المصنف بين كونها مسبية بأن فعل الارض ليس موضوعا لفساد النكاح بل لتغذية الصغير وتربيته وانما ثبت الفساد باتفاق صغير ورثهما اما بنتا تحت رجل وإما لان إفساد النكاح الكائن بصنعها ليس بسبب لزوم المهر شرعا بل لاسقاطه فيجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من ان وجوبه لا يقاس بل بالنص ابتداء جبر اللامحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة لكن من شرطه بطلان النكاح وقد وجد فيما نحن فيه ولا يخفى أن هذا الترتيد بعينه يجري في مباشرة العلة بأن يقال الارض ليس بافساد النكاح وضعا والافساد ليس بسبب لزوم المهر شرعا بل لاسقاطه الخ وليس هو مسببا فالمعول عليه في كونه سببا ما بيناه واذا كانت مسبية يشترط فيه أي في لزوم الضمان التعدي كحفر البئر تسبب للهلاك فان كان في ملكه لا يضمن ما تلف فيه أو في غيره ضمنه لا تعدي فيه وانما تكون متعديه بمجموع العليين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينتهض على محمدا اذا كان من أصله ان المسبب كالباشر ولهذا جعل فتح باب التفصص والاصطبل وحل قيد الا بق موجب الضمان لان حاصل هذا انه مسبب فيشترط التعدي وهو لا يلزم اشتراط التعدي فيه وانما ينهض الاستدلال على أن المسبب لا يلحق بالباشر هذا واستشكل التغير بقصد الفساد بما اذا قتل رجل زوجة آخر قبل الدخول فانه يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص والدية فلا يجب شيء آخر بقتل واحد والزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا أرضعت أجنيتين لهما ابن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجها ولم يفرما شيئا وان تعدتا الفساد وأجيب بالفرق بأن فعل الكبيرة هنا مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف الى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما بخلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطأ وذلك بأن قيل فأرضعت ما أمر أنان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لان في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين لان كلاهما أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج (قوله وهذا من اعتبار الجهل الخ) جواب سؤال هو ان الجهل بالاحكام في دار الاسلام عند كم ليس

المهر قال المصنف (الان نصف المهر يجب بطريق المتعة) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول لانسلم ان طريقه عذرا

طريق المتعة لان المتعة انما تجب في الطلاق قبل الدخول اذالم توجد التسمية وهنا التسمية موجودة ولهذا يجب نصف المهر ولانه لو وجب بطريق المتعة لا بسبب لزوم المهر لوجب ثلاثة أثواب لان نصف المهر انتهى ونحن نقول مراد المصنف ان وجوب نصف المهر مثل وجوب المتعة في كونه على خلاف القياس بالنص لانه متعة كما فهموا المعترض (قوله والمتعة تجب بالنص ابتداء) أقول يعني لا بالعقد

وقوله (ولا تقبل في الرضاع

شهادة النساء منفردات)

أي عن الرجال أجنبيات كن

أو أمهات أحد الزوجين

واحدة كانت أو أكثر وقال

الشافعي تقبل شهادة أربع

منهن وقال مالك تقبل

شهادة واحدة إذا انصفت

بالعدالة وجه قوله الشافعي

أن الرضاع يكون بالندي ولا

يطلع على ذلك رجل حرمة

النظر إليه وعنده أن

شهادة أربع منهن شرط

فيما لا يطلع عليه الرجال

لتقوم كل امرأتين مقام

رجل وقلنا هو مما يطلع

عليه الرجال من ذوى المحارم

يحصل لهم النظر إلى نديها

ووجه قول مالك أن الحرمة

حق من حقوق الشرع

فيثبت بخبر الواحد كن

اشترى لحما فأخبره واحد أنه

ذبيحة الجحوسى فانه ينبغي

للسلم أن لا يأكل منه ولا

يطعم غيره لأن المخبر أخبره

بحرمة العين وبطلان الملك

فتثبت الحرمة مع بقاء الملك

فهلما ثبت الحرمة مع بقاء

الملك لا يمكنه الرد على بانه

ولأن يحبس الثمن عن

البائع ولنا ما ذكره في

الكتاب وهو واضح لا يحتاج

إلى بيان والله سبحانه وتعالى

أعلم بالصواب

(قوله فهلما ثبتت الحرمة مع

بقاء الملك الخ) أقول فيه

تأمل

(ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما ثبتت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) وقال

مالك رحمه الله ثبتت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة لأن الحرمة حق من حقوق

الشرع فتثبت بخبر الواحد كن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة الجحوسى ولنا أن ثبوت الحرمة

لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل

عذرنا فقال هذا ما اعتباره الجهل لدفع قصد الفساد الذى هو المحذور الدينى لا لدفع الحكم الذى هو

وجوب الضمان غير أنه إذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لا يثبت إلا بثبوت التعدى كما قلنا

والتعدى به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا فقدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة

وبهذا يدفع قول من قال تضمن إذا علمت بالنكاح ولم تعلم أن الرضاع مفسد لانها لا تعدر بجهل الحكم

ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحتها صغيرتان فأرضعتما أجنبية معا وعلى التعاقب حرمتا ولو كن ثلاثا

فأرضعتن بأن ألفت تنتين نديها أو برت الأخرى ما حلبته حرمن أو على التعاقب بآنت الأوليان

والثالثة امرأته لانهن حين ارتضعتا حرمتا حين ارتضعت الثالثة لم يكن فى عصمتهم سواها ولو كن أربعا

فأرضعتن معا أو واحدة ثم الثلاث معا حرمن وكذا لو أرضعتن على التعاقب لانه حين أرضعت

الأخرى لم يكن فى نكاحه غيره ما ولو كان تحتها صغيرتان وكبيرة فأرضعتما الكبيرة على التعاقب

بقى نكاح الثانية لانه حين أرضعتها ليس فى نكاحه غيرها والسابق عقد مجرد على الام فلا يوجب حرمة

البنات ولو كن كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الأربع للزوم الجمع

بين الامين وبنتهن ما ولو أرضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعتما الكبيرتين الأخرى وذلك قبل

الدخول بالكبيرتين فالكبرى الأولى مع الصغرى الأولى بانما منهل قلنا والصغرى الثانية لم تبين بارضاع

الكبرى الأولى والكبرى الثانية أن ابتدأت بارضاع الصغرى الثانية بانما منهل أو بالصغرى الأولى

فالصغرى الثانية امرأته لانه حين أرضعت الأولى صارت أمالها وفسد نكاحها لعمدة العقد على

الصغرى الأولى فيما تقدم والعقد على البنات يحرم الام ثم أرضعت الثانية وليس فى نكاحه غيرها (قوله

ولا يقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال وانما ثبتت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين

وقال مالك ثبتت بشهادة امرأة واحدة أن كانت موصوفة بالعدالة ونقل عن أحمد واحد حتى والشافعي

بأربع نسوة والذى فى كتبهم انما ثبتت بشهادة امرأتين وكذا عند مالك بناء على انه مما لا يطلع عليه

الرجال لانه لا يحل النظر إلى ندى الأجنبية والوجه المذكور فى الكتاب لا لكفاه بالواحدة وهو أن

الحرمة من حقوق الشرع فهى امر ديني يثبت بخبر الواحد كن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة

جحوسى فانه ثبتت الحرمة عليه بأخباره ثم ثبت زوال الملك فى ضمنه وكم من شئ يثبت ضمنا بطريق

لا يثبت بعثلهما مقصدا ولحدوث عقبة بن الحرث فى الصحيحين انه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت

أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما قال فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال فاعرض عني

فتنجيت فذكر ذلك له قال وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما وعقبة هذا يكنى أباسر وعه بكسر

السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة وهذا الحديث استدلل من قال تقبل الواحدة المرصعة

واعتبار ظاهره مطلقا بوجوب قبول الأمة وروى مطولا فى الترمذى وفيه فجاءت امرأة سوداء

وفيه قول عقبة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء

فقالت أرضعتكما وهى كاذبة فاعرض عني قال فأتيته من قبل وجهه فقالت انها كاذبة قال وكيف بها

وقد زعمت انها قد أرضعتكما كاذبة اعنك ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك فى باب

النكاح لانها مؤيدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه والاملاك لا تزال إلا بشهادة رجلين أو رجل

وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر أمراد فيا والله أعلم بالصواب

كتاب الطلاق

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخرا
عن النكاح طبعاً آخره عنه
وضعا ليوافق الوضع الطبع
والطلاق في اللغة عبارة
عن رفع القيد وفي عرف
الفقهاء عبارة عن حكم
شرعي برفع القيد النكاحي
بالفاظ مخصوصة وسببه
الحاجة المحوجة اليه

كتاب الطلاق

(قوله لما كان الطلاق
متأخرا الخ) أقول كان
الانصب للشارح أن يبين
وجه تأخيره عن الرضاع
بأنه سبب الحرمة المؤبدة
دون الطلاق فقدم الأشد
لكنه نظر الى أن الارضاع
من تنبات النكاح فتأمل
(قوله وفي عرف الفقهاء
الخ) أقول لعلمه منقوض
بالفسخ فان القاضي اذا
فسخ النكاح يكون في
بعض المسودات طلاقا وفي
بعضهم اقترحوا اللفظ واحد
فليتأمل

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان أحكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي أحكام الرضاع شرع يذكر
ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده واستعقاب أحكامه وأيضا يبينه وبين الرضاع مناسبة من جهة أن كلا
منهما يوجب الحرمة الآن ما بالارضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغاية بغاية معلومة فقدم بيان الحكم
الاشداهما ما ثبت أنه ثم ثنى بالاخف وأيضا الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي والنكاح سابق في
الوجود بأحكامه ويتلوه الطلاق فأوجده في التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو
التطبيق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرثان أي التطبيق أو هو
مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد وعن الاخفش نفي الضم وفي ديوان الادب انه لغة
والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا واستعمل قوله بالنسبة الى غير نكاح المرأة من الافعال أطلقت بعيري
وأسيري وفيه من التفعيل طلقت امرأتى يقال ذلك إخبارا عن أول طلاقه أو قهها فان قاله ثانية فليس

فيه الا التاكيد أما اذا قاله في الثالثة فقلت كثير كغلفت الابواب وفي الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحا كانت طالق أو كناية كطلقته بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كانت طالق على ماسياني وغيرهما كقول القاضي فرقت بينهما عند إياه الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة واللينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضي في إياها وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا فقول بعضهم رفع قيد النكاح من أهله في محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ومشتبه على ما لا حاجة اليه فان كونه من الأهل في المحل من شرط وجوده لادخله في حقيقته والتعريف لمجردها * وركنه نفس اللفظ * وأما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامته حدود الله تعالى وشرعية رجعة منه سبحانه وتعالى * وشرطه في الزوج أن يكون عاقلا بالغامستيقظا وفي الزوجة أن تكون منكوحته أو في عدته التي تصلح معها محلا للطلاق وضبطها في المحيط فقال المعتبرة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتبرة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق وقد يقال انه غير حاصر اذ تحقق العدة ونهما كما لو عرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم الا أن تلحق الخلوة بالوطء فكأنها هو وفيه تساهل ثم يقتضي ان كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه في الحرمة المؤبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج فانه لا فائدة حينئذ في اعتباره لانه لا يتوقف بغاية ليفيد الطلاق فائدته وأما في الفسخ بغيرها فالمرجح في العدة من خيار العتق والبلوغ أنه لا يلحقها طلاق لانه فسخ فيجعل كأنه لم يكن وكذا بعدم الكفاءة ونقصان المهر وعلى هذا اذا سبي أحد الزوجين فوقع الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدة لان المسبي ان كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية وان كانت المرأة فكذلك لحملها السابي بالاستبراء ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة أحدهما مسلما أو ذميا لا يقع طلاق لانه ان كان الرجل فلا عدة على الحربية وان كانت المرأة فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما وان كان عليها العدة فهي عدة لا توجب ملكا يذلل للعربي وأقل ما يقع فيه الطلاق ملك البتة فكانت كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فاسلم أحدهما أو صار ذميا فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض فاذا حاضتها وقعت الفرقة بالطلاق فلا يقع عليها طلاق لان المصر منهما كأنه في دار الحرب لم تكن من الرجوع الا انه منقوض بما اذا أسلم أحد الزوجين النمين وفرق بينهما بآباء الآخر فانه يقع عليها طلاق وان كانت هي الابية مع ان الفرقة هناك فسخ وبه ينتقض ما قيل اذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاق وينتقض أيضا بالمرتد يقع عليها طلاقه مع ان الفرقة برده فسخ خلافا لأبي يوسف رحمه الله ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ انفاقا ووقع طلاقه عليها في العدة واختلف في محلها الطلاق لو هاجرت فانفسخ النكاح فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه قال في المبسوط وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد فأما على قول أبي يوسف الاخر يقع طلاقه وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعدما دخل بها ثم أعنتها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الاخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعني فأعنته فحكي الخلاف في هاتين المسئلتين على عكس ما حكاه في المنظومة في المسئلة الثانية ولو ارتد ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه انفاقا فلو عاد وهي بعد في العدة فطلقها فهو على هذا الخلاف وما ذكر من انه لا عدة على الحربية في دار الحرب عندهما يخالف ما ذكره محمد في السير فيما اذا أسلمت امرأة الحرب وهما في دار الحرب حيث يتأخرون وقوع الفرقة بينهما الى مضي ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر فاذا مضت وقعت الفرقة قال محمد وعليها ثلاث حيض أخرى وهي فرقة بطلاق ولهذا

وشرطه كون المطلق عاقلا
بالغا والمرأة في النكاح أو
عدته التي تصلح بها محلا
لطلاق وحكمه زوال
الملك عن المحل وأقسامه
ما يذكره

(باب طلاق السنة) قال (الطلاق على ثلاثة اوجه حسن وأحسن وبدعي

لعن الله كل ذواق مطلق
والعامية على اباحتها
بالنصوص المطلقة كقوله
تعالى لا جناح عليكم ان
طلقتم النساء وقوله تعالى
يا أيها النبي اذا طلقتم
النساء فطلقوهن لعدتهن
وأمثالهما وأقسامه
ثلاثة حسن وأحسن
وبدعي على ما ذكره
في الكتاب وهو ظاهر

باب طلاق السنة
أقول فيكون ذكر التداي
استطرادا (قال المصنف
الطلاق على ثلاثة اوجه)
أقول قال العلامة النسفي
في الكنز الطلاق رفع القيد
الثابت شرعا بالنكاح
انتهى فيه بحث لانه
منفوض بالفسخ قال
العلامة الزيلعي في شرحه
وهذا في الشريعة وقوله
شرعا يحترزه عن رفع القيد
الثابت حسا وهو محل
الوثاق وقوله بالنكاح
يحترزه عن العتق لانه رفع
قيد ثابت شرعا لكنه
لا يثبت ذلك القيد بالنكاح
وفي اللغة عبارة عن رفع
القيد مطلقا يقال أطلق
الفرس والاسير ولكن
استعمل في النكاح
بالنفعيل وفي غيره بالفعال
ولهذا في قوله لا امرأته أنت
مطلقة بتشديد اللام
لا يحتاج فيها الى النية وبتحقيقها يحتاج

يقع عليها طلاقه لان تلك الفرقة ليست للتباين بل للاباء الا ان المدة أقيمت مقام إباحته بعد العرض فلذا
يقع عليها طلاقه * وأما وصفه فهو أبغض المباحات الى الله تعالى على ما رواه أبو داود وابن ماجه عنه
صلى الله عليه وسلم انه قال ان أبغض المباحات عند الله الطلاق فنص على اباحتها وكونه مبغوضا وهو
لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي ولا يلزم ذلك من وصفه
بالبغض الاول لم ينفه بالاباحة لكنه وصفه بها لان أفعل التفضيل بعض ما أضيف اليه وغاية ما فيه انه
مبغوض اليه سبحانه وتعالى ولم يرتب عليه ما يرتب على المكروه ودليل نفي الكراهة قوله تعالى
لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تفسوه وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم امره سبحانه وتعالى
أن يراجعها فانما صوامة قوامه وبه يبطال قول القائلين لا يباح الا لكبر كطلاق سودة أورية فان
طلاقه حفصة لم يقرن بواحد منهما وأما ما روى لعن الله كل ذواق مطلق فعمله الطلاق لغير حاجة
بدليل ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعلمها الغنة الله
والملائكة والناس أجمعين ولا يخفى ان كلامهم فيما ساقى من التعاليل يصرح بأنه محظور لما فيه من
كفران نعمة النكاح والمحبستين المذكورين وغيرهما وانما أبيع للحاجة والحاجة ماذ كرنا في بيان سببه
فبين الحكيم منهم تدافع والاصح حظره الحاجة لا لدلالة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ما أبيع
في بعض الاوقات أعني أوقات تحقق الحاجة المبيحة وهو ظاهر في رواية لابي داود ما أحل الله شيئا أبغض
اليه من الطلاق وان الفاعل لا عموم له في الزمان غير ان الحاجة لا تقتصر على الكبر والريسة في الحاجة
المبيحة أن يلحق اليه عدم اشتغالها بمبحث يجرأ أو يتضرر بأكرهه نفسه على جاعها فهذا اذا وقع فان
كان قادرا على طول غيرهما مع استبقائهما ورضيت باقامتهما في عصمته بلا ولاء أو بلا قسم فيكره طلاقه
كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وان لم يكن قادرا على طولها أو لم ترض هي بترك حقها فهو
مباح لان مقلب القلوب رب العالمين وأما ما روى عن الحسن وكان قيل له في كثرة تزوجه وطلاقه
فقال أحب الغنى قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو رأى منه ان كان على ظاهره
وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضي الله عنهم كطلاق عمر رضي الله عنه ام عاصم وعبد الرحمن بن عوف
تماضروا والمغيرة بن شعبة الزوجات الاربع دفعة واحدة فقال لهن أنتن حسنات الاخلاق ناعمت
الاطواق طويلات الاعناق اذهبن فأنتن طلاق فعمله وجود الحاجة مما ذكرنا وأما اذا لم تكن حاجة
فمحض كفران نعمة وسوء أدب فيكره والله سبحانه وتعالى أعلم * وأما حكمه فوقع الفرقة مؤجلا
بانقضاء العدة في الرجعي وبدونه في البائن * وأما محاسبته فنهائسوت التخلص به من المكاره الدينية
والدنوية ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى وعن ذلك
ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ونقصان الدين وعنه كان أكثر شغلهن بالدينا ورتب المكاييد وافشاء
سر الارواح وغير ذلك ومنها شرعه ثلاثا لان النفس كذوبة ربما يظهر عدم الحاجة اليها أو الحاجة الى
تركها وتسوؤه فاذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثا ليجرب
نفسه في المرة الاولى فان كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة والا أمكنه التدارك بالرجعة ثم اذا
عادت النفس الى مثل الاول وغلبته حتى عاد الى طلاقها انظر أيضا فيما يحدث له فباوقع الثالثة الا وقد
جرب وفقه في حال نفسه وبعده الثلاث تبلى الاعذار * وأما أقسامه فمأفاده المصنف بقوله (الطلاق
على ثلاثة اوجه حسن وأحسن وبدعي) اعلم ان الطلاق سني وبدعي والسني من حيث العدد ومن

(قوله ولأنه أهدم من الندامة) حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك بأن مراجعتها في العدة وبعد ما يتجدد من غير استحلال وأقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محلها نظر إليه لأن اتساع المحللة نعمة في حقهن فلا يتكامل ضررا لا يحاش وقوله (ولا خلاف لاحد في الكراهة) أي في عدم الكراهة يعني لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق وقوله (لأن الأصل في (٣٣) الطلاق هو الخطر) لأنه قطع النكاح

الذي هو سنة فيكون محظورا وقوله (والإباحة لحاجة الخلاص) الضرورة التخليص عنها ببيان الاخلاق وتناظر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر وهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام مره فلما راجعها ثم لم يسكنها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعدوان شاء طلق قبل أن تمس فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء وأشار به الى قوله تعالى وطلقوهن لعدتهن قال إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق خير بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح وليس هذا شرح مافي الكتاب وإنما شرحه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر

فألا حسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها) لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فان هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولأنه أهدم من الندامة وأقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة (والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار) وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الخطر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما

حيث الوقت والبدعي كذلك فالسني حسن وأحسن (فألا حسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه) ولا في الحيض الذي قبله ولا طلاق فيه وهذا على ظاهر المذهب على ما سياتي (ويتركها حتى تنقضي عدتها) لما أسند ابن أبي شيبة عن ابراهيم النخعي أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاثا حيض وقال محمد بن المغيرة ابراهيم النخعي (ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فان هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولأنه أهدم من الندامة) حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك حيث يمكنه التزوج بها في العدة أو بعدها دون تحلل زوج آخر (وأقل ضررا بالمرأة) حيث لم تبطل محلها بالنسبة اليه فان سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر لا يحاش (ولا خلاف لاحد في الكراهة) انها واقعة أو لا بل الإجماع على انتفاء بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك ولما ذكرنا من فلة ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة كان أحسن وأعلم ان السني المسنون وهو كالتسديد في استعقاب الثواب والمراد به هنا المباح لأن الطلاق ليس عبادة في نفسه لينبئ له ثواب دعوى المسنون منه ما ثبت على وجهه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها عقيب جماعها أو حائضا أو نائفا فنعى نفسه من الطهر الى الطهر الآخر والواحدة نقول انه يثاب لكسر لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الإيقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الإيقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لأنه لو وقع واحدة في الطهر الخالي من غير أن يخطر له داعية ذلك الإيقاع سمينا طلاقا مسنونا ماع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيئ أسبابها وقيام داعيتها وهذا كن استمر على عدم الزمان غير أن يخطر له داعيته وتبوءه مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعيته وطلب النفس له وتبوءه وكف تجافيا عن المعصية أئيب (قوله والحسن طلاق السنة) وأنت حقت ان كلا منهما طلاق السنة فتخصص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له والمناسب تمييزه بالمفضول من طلاق السنة قال (وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار) سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لأنه المخاطب بإيقاعه كذلك ويجب على الغائب اذا أراد أن يطلق أن يكتب اذا جاءه كتابي هذا وأنت طاهرة فأنت طالق وان كنت حائضا فاذا طهرت فأنت طالق وقال مالك هذا بدعة ولا يباح الا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الخطر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى الدارقطني من حديث معلى بن منصور حدثنا شعيب بن زريق ان عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال حدثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين آخرين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله

حين طلق امرأته وهي حائض ما هكذا أمرك الله تعالى

(قوله حيث لم تبطل محلها نظر إليه لأن اتساع المحللة نعمة في حقهن) أقول فيه مخالفة لما سبق في اثبات خيار العتق في باب نكاح الرقيق على ما فصل في الشروح قال المصنف (والحسن هو طلاق السنة) أقول تخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له اذا لا حسن أيضا هو طلاق السنة

انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا و يطلقها لكل قرءة تطليقة (وقوله ولان الحكم يدار على دليل الحاجة) بيانه أن الاصل في الطلاق الخطر كما قال مالك والاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامسالة بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب العجز أمر مبطن فافهم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامه وكلماته دليل الحاجة جعلت كأن الحاجة الى الطلاق تكررت فابح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار (وقوله ثم قيل) اختلف المشايخ في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى (٣٤) آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة

واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربعا يجامعها ومن قصده التطلق فينتسلي بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف والاطهر أن يطلقها كما طهرت جعل هذا أظهر لان محمدا قال في الاصل واذا أراد أن يطلقها ثلاثا بأكلمه واحدة أو ثلاثا في طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا

قال المصنف (احترازا عن تطويل العدة) أقول لا يقال ما ذكره موهوم لا يعارض المحقق الذي هو تطويل العدة لانه لا تطويل للعدة هنا لانها ثلاث حيض كاملة ولم يزد عليها شي بخلاف ما اذا

ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا و يطلقها لكل قرءة تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى أن يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاطهر أن يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربعا يجامعها ومن قصده التطليق فينتسلي بالايقاع عقيب الوقاع (وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بأكلمه واحدة أو ثلاثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا)

عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا أمر الله قدأخطأت السنة السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرءة فأمرني فراجعتها فقال اذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك فقلت يا رسول الله أرايت لو طلقها ثلاثا أو كان يحل لي أن أراجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية أعله البيهقي بالخراساني قال أني زيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرده ورد بانه رواه الطبراني حدثنا علي بن سعيد الرازي حدثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي حدثنا أبي حدثنا شعيب بن زريق سندا ومنا وقد صرح الحسن بسماحه من ابن عمر وكذلك قال أبو حاتم وقيل لابي زرعة الحسن لقي ابن عمر قال نعم وأما لعل عبد الحق اياه على بن منصور فليس بذلك ولم يعله البيهقي الا بالخراساني وقد ظهرت متابعتها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة لظفائها لانها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة الى تركها البتة لرسوخ الاخلاق المتبانية وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج الى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح لحسن الظاهر وطريق اعطاء هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور أن يطلق واحدة ليحرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه فان لم يقدر تدارك بالرجعة وان قدرا وقع أخرى في الطهر الآخر كذلك فان قدرا بانها بالثالثة بعد غمرت النفس على الفطام ثم اذا أوقع الثلاثة في ثلاثة اطهار فقد مضت من عدها حيضتان ان كانت حرة فاذا حاضت حيضة انقضت وان كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانث ووقع عليها ثنتان (قوله ثم قيل الاولى أن يؤخر الطلاق الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة) عليها وقال المصنف والاطهر أي الاظهر من قول محمد حيث قال اذا أراد أن يطلقها ثلاثا بأكلمه واحدة اذا طهرت ورجحه بانه لو أخر ربعا يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فينتسلي بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى ان الاول أقل ضررا فكان أولى وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله (قوله وطلاق البدعة) ما خالف قسمي السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بأكلمه واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة في الحيض أو في طهر قد جامعها فيه أو جامعها في الحيض الذي يليه هو فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وفي كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فعن الامامية لا يقع بلفظ الثلاث ولا في حالة الحيض لانه بدعة محرمة وقال صلى الله عليه وسلم من عمل علاليس عليه أمرنا فهو رد وفي أمره

طلقها حائضا فان الحيض الذي وقع فيه الطلاق لا يحسب من العدة مع انه من جنسها أو يحسب فيكمل بالربعة ولا يخبر أفتي كامل كما صرح به في كتب الاصول وعلى هذا فتطويل العدة في غاية الظهور قال المصنف (وطلاق البدعة أن يطلقها) أقول قال ابن الهمام طلاق البدعة ما خالف قسمي السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بأكلمه واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة في الحيض أو في طهر قد جامعها فيه أو جامعها في الحيض الذي يليه هو اه يعني الطهر الذي أوقع فيه الطلاق

صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن راجعها حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قوله - في الحيض
وأما بطلانه في الثلاث فينتظمه ماسياً في من دفع كلام الامامية وقال قوم يقع به واحدة وهو مروي
عن ابن عباس رضي الله عنه - ما به قال ابن اسحق ونقل عن طاوس وعكرمة أنهم يقولون خالف السنة
فيرد إلى السنة وفي الصحيحين أن أبا الصهباء قال لابن عباس ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من أمانة عمر قال نعم وفي رواية لمسلم أن ابن عباس
قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث
واحدة فقال عمران الناس قد استهملوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم وروى
أبو داود عن ابن عباس قال إذا قال أنت طالق ثلاثاً بمرة واحدة فهي واحدة وروى ابن اسحق عن
عكرمة عن ابن عباس مثل ذلك وقال الامام أحمد حدثنا سعيد بن ابراهيم قال أنبأنا أبي عن محمد بن اسحق
قال حدثني داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم قال طلق ركناً بن عبد يزيد زوجته
ثلاثاً في مجلس واحد فخرن عليها حرثاً - فبذلها له النبي صلى الله عليه وسلم كيف طلقها قال طلقها
ثلاثاً في مجلس واحد قال نعم تلك طليقة واحدة فارجعها ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلاثاً
وفي غيرها واحدة لما في مسلم وأبي داود والنسائي أن أبا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال أما
علمت أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس بل كان
الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
وأبي بكر وصدر من أمانة عمر فلما رأى الناس قد تابعوا فيها قال أجيزوهن عليهم هذا القبط أبي داود وذهب
جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلاث ومن الأدلة في ذلك ما في مصنف
ابن أبي شيبة والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم قلت يا رسول الله أ رأيت لو طلقته ثلاثاً قال إذا قد
عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي سنن أبي داود عن مجاهد قال كنت عند ابن عباس فجاءه رجل
فقال انه طلق امرأته ثلاثاً قال فسكت حتى ظننت انه رادها إليه ثم قال أ يطلق أحدكم فترك الجوفة ثم
يقول يا ابن عباس يا ابن عباس فان الله عز وجل قال ومن بقى الله يجعل له مخرجاً عصيت ربك وبانت منك
امرأتك وفي موطأ مالك بلغه أن رجلاً قال لعبد الله بن عباس اني طلق امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى
علي فقال ابن عباس طلق منك ثلاثاً وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفي الموطأ أيضاً
بلغه أن رجلاً جاء إلى ابن مسعود فقال اني طلق امرأتى ثمانين تطليقات فقال ما قيل لك فقال قيل لي
بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الإجماع على هذا الجواب وفي سنن أبي داود وموطأ
مالك عن محمد بن أبي بكر قال طلق رجل امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها
فجاء يستفتي فذهبت معه فسأل عبد الله بن عباس وأباه ريرة عن ذلك فقال لا ترى أن تنكحها حتى
تنكح زوجاً غيره قال فأنما كان طلاقاً أباهما واحدة فقال ابن عباس انك أرسلت من يدك ما كان لك
من فضل وهذا يعارض مائة - ثم من أن غير المدخول بها انما يطلق بالثلاث واحدة وجميعها يعارض
ما عن ابن عباس وفي موطأ مالك مثله عن ابن عمر وأما أمضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة
الصحابة له مع علمه بانها كانت واحدة الا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود ناسخ هذا ان كان على
ظاهره وأعلمهم بانتهاء الحكم كذلك لعلمهم باناطته بعلموا انتفاءها في الزمن المتأخر فأنما ترى الصحابة
تابعوا على هذا الامر ولا يمكن وجود ذلك منهم مع اشتراك كون حكم الشرع المتقرر كذلك أبداً في ذلك
ما أوجده نال عن عمرو ابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وروى أيضاً عن عبد الله بن عمرو بن العاص
وأُسند عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل إلى ابن مسعود فقال اني طلق امرأتى تسعاً وتسعين فقال له
ابن مسعود ثلاث تبيينها وسائرهن عدوان وروى وكيع عن الأعمش عن حبيب بن ثابت قال جاء رجل

وقال الشافعي رحمه الله كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم

الى علي بن أبي طالب فقال اني طلقت امرأتى ألفا فقال له علي بانت منك بثلاث واقسم سأترهن على نسائك وروى وكيع أيضا عن معاوية بن أبي يحيى قال جاور رجل الى عثمان بن عفان فقال طلقت امرأتى ألفا فقال بانت منك بثلاث وأسد عبد الرزاق عن عباد بن الصامت ان أباه طلق امرأته ألف تطليقة فانطلق عبادة فسأله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانت بثلاث في معصية الله تعالى وبقي تسعمائة وسبع وتسعون عدوا وانا وظلما ان شاء عبادة الله وان شاء غفر له وقول بعض الخنابلة القائلين بهذا المذهب توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة ألف عين رآته فهل صح لكم عن هؤلاء وعن عشرين عشرين هم القول بلزوم الثلاث بفهم واحد بل لوجه حديث لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل أمأ ولا فاجاعهم ظاهر فانه لم ينقل عن أحد منهم انه خالف عمر رضي الله عنه حين أمضى الثلاث وایس يلزم في نقل الحكم الاجماعي عن مائة ألف ان يسمى كل يسلم في مجلد كبير حكم واحد على انه اجماع سكوتي واما ثانيا فان العبرة في نقل الاجماع نقل ما عن المجتهدين لا العوام والمائة الالف الذين توفي عنهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين كالحلفاء والعبادة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبي هريرة رضي الله عنه وقليل والباقيون يرجعون اليهم ويستفتون منهم وقد أثبتنا النقل عن أكثرهم صريحا بايقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف فإذا بعد الحق الاضلال وعن هذا قلنا لو حكمنا كما هم بأن الثلاث بفهم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف للاختلاف والرواية عن أنس بانها ثلاث أسندها الطحاوي وغيره وغاية الامر ان يصير كبيع أمهات الاولاد أجمع على نفسه وكن في الزمن الاول ينعن وبعد ثبوت اجماع الصحابة رضي الله عنهم لا حاجة الى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة إذا طلق ثلاثا مع ظهور الفرق بأن مخالفته لا يمتثل مخرجا عن الإبطال لمخالفته الاذن والمكلفون وان كانوا أيضا انما يتصرفون بأذن الشرع لكن اذا أجمعوا على خلاف بعض الظواهر والاجماع حجة قطعية كان مقسما بما أمر الشرع على ذلك الظاهر فلنا ان لا نشغل معه بتأويل وقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على النسخ والعلم بانتفاء الحكم لانتهاء عاقبته هذا وان حمل الحديث على خلاف ظاهره فمعارضه اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما أوجدناك من النقل عنهم واحد واحد وعدم المخالف لعمري امضائه وظاهر حديث ابن مسعود رضي الله عنه فتأويله ان قول الرجل أنت طالق أنت طالق أنت طالق كان واحدة في الزمن الاول لقصد هم التأكيدي في ذلك الزمان ثم صاروا يصدرون التحديد فالزمهم عمر رضي الله عنه ذلك لعلمه بقصد هم وما قيل في تأويله ان الثلاث التي توقعونها الآن انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذا لا يتجه حينئذ قوله فامضاه عمر رضي الله عنه واما حديث ركانة فنسكه والاصح ما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه ان ركانة طلق زوجته البتة خلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما أراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر رضي الله عنه والثالثة في زمن عثمان رضي الله عنه قال أبو داود وهذا أصح * واما المقام الثالث وهو كون الثلاث بكلمة واحدة معصية أولا فحكي فيه خلاف الشافعي رحمه الله استدلل بالاطلاقات من نحوه قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وما روى ان عويرة العجلائي لما لعن امرأته وقال كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وطلق عبد الرحمن بن عوف ثمانين ثلاثا في مرضه وطلق الحسن بن علي رضي الله عنهما امرأته شهاب ثلاثا لما هنته بالخلافة

وقال الشافعي كل طلاق مباح (يعني في حد ذاته وانما قلت ذلك لئلا يرد على تميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر وقد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده أيضا قال في تعليقه) لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو وقوع الطلاق وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا

قال المصنف (كل الطلاق مباح) أقول من حيث انه طلاق

لان المشروعية لا تتجامع الخطر فان قيل فكيف يصح العموم والطلاق في حالة الحيض حرام أجاب بقوله (بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها الا الطلاق) وكذلك يقول المحرم فيما اذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس أمر العدة عليه اذ اطلقها فيه يلتبس أمر العدة عليها لا يدري أي حامل فتعتمد موضع الحمل أو حائل فتعتمد بالاقراء ثم قال لا أعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح * (ولنا ان الطلاق الاصل فيه الخطر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية) من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان (والدنيوية) لما فيه من المسكن والازدواج واكتساب (٣٧) الولد وكل ما هو كذلك ينبغي أن

لا يجوز وقوعه في الشرع الا أنه أبيع للحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث فان قيل فكيف لا حاجة الى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة الى المفرق على الاطهار * أجاب بقوله (وهي) أي الحاجة (في المفرق على الاطهار) ثابتة نظرا الى دليلها (وهو الاقدام على الطلاق في زمان يتجدد الرغبة وهو الطهر) كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمر ابطنا فان قيل دليل الحاجة إنما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصور أجاب بقوله (والحاجة في نفسها باقية) يعني لاحتمال أن تكون سنة الاخلاق بذية اللسان فيسد على الزوج باب امكان التدارك مع صفاته عن عروض

والمشروعية لا تتجامع الخطر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها الا الطلاق ولنا أن الاصل في الطلاق هو الخطر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها

بعد موت علي رضي الله عنه ولان الطلاق مشروع والمشروعية لا تتجامع الخطر الا ترى انه لو طلق نساء الاربع دفعة جاز فكذا الواحدة ثلاثا بطريق الاولى بخلاف الطلاق في حالة الحيض لانه يحرم المضارة بتطويل العدة عليها الا الطلاق وبخلافه في الطهر الذي جامعها فيه يحرم لتلبس وجه العدة أهو بالاقراء أو الوضع لاحتمال الحمل ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلزم ان لا طلاق شرعا الا كذلك لانه ليس وراء الجنس شيء وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثا بمرة واحدة وكان ينبغي ان لا يقع شيء كما قال الامامية لكن لما علمنا ان عدم مشروعيته كذلك لعني في غيره وهو تقويت معنى شرعيته سبحانه كذا وامكان التدارك عند الندم وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا وهذا معنى قوله والمشروعية في ذاته لا تنافي الخطر الى آخره على ما بين ولنا ايضا ما قدمناه من قول ابن عباس رضي الله عنهما ما الذي طلق ثلاثا وجاء يسأل عصى ربك وما قدمناه من مسند عبد الرزاق في حديث عباد بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانث ثلاث في معصية الله تعالى وكذا ما حدث الطحاوي عن ابن مرزوق عن أبي حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عصى طلق امرأته ثلاثا فقال ان عصى الله فامروا طاع الشيطان فلم يجبه له فخرجوا وماروى النسائي عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله وأما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف وحيث فيجب حمل ما روى عن بعض الصحابة من الطلاق ثلاثا ناسم قالوا ثلاثا باللسنة وأيضا لما ذكر المصنف من أن الاصل في الطلاق هو الخطر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنيوية والادلة السمعية التي ذكرناها وانما يباح للحاجة الى الخلاص من المفساد التي قد تعرض في الدين والدينا فيعود على موضوعه بالنقض ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها ثابتة نظرا الى دليلها وقد قدمنا أن الحاجة باطنة فأنيط الحكم بالحل على دليلها وهو الاقدام عليه في زمن الرغبة فاذا طلقها في كل طهر طلقة حكم بالحاجة الى الثلاث كذلك فورد عليه ان دليل الحاجة إنما يعتبر عند تصور الحاجة وهي ههنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة فأجاب بمنع انتفاها

الندم قال خيرا الاسلام وعلى هذا يجوز ان يباح الثلاث جلة لكن اهالة تعارض النص فلم تؤثر وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى الطلاق مرتان فانه يدل على أنه مفرق ويجوز ان يرد قوله عليه السلام لابن عمر ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا الحديث

قال المصنف (ولنا ان الاصل في الطلاق هو الخطر) أقول قال الكافي فان قال انه ما ورى به فاني يكون محظورا قلنا الامر به لا ينفي الخطر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور وفوقه كالحث في اليقين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره اه قوله كالحث في اليقين يعني قول النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على عين ورأى غير ما خبره من اقلبات الذي هو خير منه ثم يكفر عن عيئه وقوله وقطع الصلاة يعني لا درك الجماعة

(قوله والمشرعية في ذاته) جواب عن قوله والمشرعية لا تجتمع الحظر ووجهه أن المشرع لذاته لا يجوز أن يكون محظورا لذاته أما إذا كان المشرعية لذاته والحظر (٢٨) لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوات مصالح الدين والدينا فلا تنافي اذ ذلك كالبيع

وقت النداء والصلاة في الارض المغصوبة وقد قررناه في التقرير وكذا ايقاع التتبيين في الطهر الواحد بدعة لما قلناه لا حاجة الى الجمع بين الثلاث وقوله (واختلفت الرواية) ظاهر قال (والسنة في الطلاق من وجهين أحدهما في الوقت والاخر في العدد فالسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها) وهي أن لا يزيد على الواحدة وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيته (والسنة في الوقت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه) لماذا ذكرنا أن شرعيته باعتبار الحاجة والمرعى دليلها (وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفر الرغبة) فلم يكن فيها ما دليل الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حيث لم يزل منها شيئا فالرغبة فيها باقية سواء كان في حالة الحيض وفي حالة الطهر فلم يخرج طلاقها عن السنن في أى وقت كان

والمشرعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع التتبيين في طهر واحد بدعة لما قلناه واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه أخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات أنه لا يكره الحاجة الى الخلاص ناجزا (والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها) وقد ذكرناها (والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه) لان المرعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفر الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض)

بالكلية لما قررناه في جواب ما لا من ان الحاجة قد تحقق الى فطام النفس على وجه ما من ظاهر اعر وض الدم وطريق دفعها حينئذ الثلاث مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجهناه (قوله والمشرعية في ذاته) جواب عن قوله مشرع فلا ينافي الحظر لمعنى ان مشرعيته باعتبار ذاته فانه في ذاته ازالة الرق لما قدمنا من ان السكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرنا من ان فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدينية فجاز اثبات مشرعيته في ذاته مع حظره لذلك فيصح اذا وقع ويستعقب أحكامه مع استعقاب استحقاق العقاب اذ لم يكن مسوغ للحظر الخالي كالصلاة في الارض المغصوبة والوجه في تقريره انه مشرع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدينا ولا ينافيه كونه غير مشرع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا أحسن من قوله مشرع في ذاته الخ اذا تأملت لان هذا التفصيل هو الواقع في نفس الامر وسيبصر حبه في وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف في طلاق الحامل حيث قال ولهما ان الاباحة بعلها الحاجة (قوله وكذا ايقاع التتبيين في الطهر الواحد بدعة لما قلناه) من انه لا حاجة الى الزيادة على الواحدة (قوله واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل) يعني أصل المبسوط وهو الكافي للحاكم أي الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لا حاجة في الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفي الزيادات لا يكره الحاجة الى الخلاص ناجزا والمراد زيادات الزيادات فلا يشك صحة اطلاق الزيادات عليها ومما يدل على صحة هذه ان أبا ركانة طلق امرأته البينة والواقع بها نائين ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه والقياس على الخلع والجواب نجويز أن يكون أبو ركانة طلق امرأته قبل الدخول أو انه آخر الانكار عليه لحال اقضت تأخيرها اذ ذلك والخلع لا يكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روى عن أبي حنيفة ان الخلع لا يكره حالة الحيض (قوله والسنة في الطلاق من وجهين في الوقت والعدد فالسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها) وهي أن يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلاثا كان عاصيا في التي خلاها أولى أن يكون معصية ولا يخفى ان الاستواء بينهما مطلقا معذرة فان السنة من حيث العدد في المدخول بها تثبت بقسميها أن يطلقها واحدة ليس غير وان يلحقها باخرين عند الطهر ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها اذ أعد لها وهذا ظاهر (قوله والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة) وكأنه عم المدخول بها في التي خلاها فانها أيضا يجب مراعاة السنة في طلاقها اذ ذلك الوقت هو الطهر الذي لا جماع فيه ولا في الحيض الذي قبله فلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين فلما أدخل باحداهما لم يزل

المعصية

(قوله وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيته) أقول قوله هو راجع الى العدد

(خلافا لفرقة يقيسها على المدخول بها) وقوله ولنا واضح وعورض بان ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص فان قوله عليه السلام لابن عمر انما السنة ان تستقبل الطهر باطلاقه يدل على أن الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة بخصوص السبب وأجيب بان الخصوص لم يثبت بخصوص السبب بل لقوله عليه السلام لعمر مره فليراجعها (وان كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا بالسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى واللائي ينسمن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن يعني ان أشكل عليكم حكم اعتدادها تين الطائفتين فحكمهن هذا وقوله (واللائي لم يحضن) مبتدأ خبره محذوف أي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر وقوله (والاقامة في حق الحيض خاصة) قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض أصحابنا ان الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون وقال شمس الأئمة ظن بعض أصحابنا ان (٣٩) الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة

الحيض والطهر في حق الحيض والطهر في حق التي لا تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي لا تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاق السنة وهذا لان المعتبر في حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يصور تجديد الحيض الا بتخلل الطهر وفي الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر وفيه بحث من وجهين أحدهما ما ذكره صاحب النهاية ان الشهر لما أقیم مقام الحيض فاذا أوقع الطلاق في أي شهر كان من الاشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق في الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض والناسف ما ذكره بعض الشارحين أن الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتج بالاقامة ثلاثة أشهر مقام ثلاث حيض بل يكفي باقامة شهر

خلافا لفرقة الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تنقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تجدد بالطهر قال (واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا بالسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى) لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي ينسمن من الحيض الى أن قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر

المعصية وانما تملأ ان المراعى في تحقق اباحه الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجديد الرغبة وزمان تجدد ها هو الطهر الخالي عن الجماع لازمان الحيض ولا الطهر الذي جومعت فيه أما زمان الحيض فسلانه زمان النفرة الطبيعية والشرعية وأما الطهر الذي جومعت فيه فلان بالجماع مرة نفتر الرغبة وأما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذوقها فطلاقها في حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة بخلاف ان يطلقها في حال الطهر والحيض جميعا خلافا لفرقة يقيسها على المدخول بها بجماع انه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تنقل بالحيض فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ما هكذا أمر الله فالحجواب ان اشارة من قوله هكذا الى طلاقه الخاص الذي وقع منه بخلاف كون تلك كانت مدخولا بها ولانه قال في رواية في هذا الحديث فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلقها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها (قوله واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر) أي بان لم تبلغ سن الحيض وهو توسع على المختار وقيل ثمان وسبع (أو كبر) بان كانت المرأة آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر أو الاله ما بان بلغت بالسن ولم ترد ما أصلا (فأراد أن يطلقها طلاق السنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى) قال الله تعالى واللائي ينسمن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن أي لم يحضن بعد فيما مضى لان لم تقلب معنى المضارع الى الماضي فاقام الاشهر مقام الحيض حيث تنقل من الحيض اليها وأيضانص على ان الاشهر عدة بقوله تعالى فعدتهن ثلاثة أشهر والعدة في ذوات الحيض ليس الا الحيض للجموع فلزم بالضرورة ككون الاشهر بدل الحيض ورشح بالاستبراء فانه في ذوات

احد مقام ثلاث حيض لان الحيض أكثره عشرة أيام ومدة ثلاث حيض تحصل في شهر واحد لكن اللازم منتف فبنتفي المزموم وأجيب عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة ولكن أقيمت مقام الحيض وما قام مقام الشيء لا يجوز أن يكون في معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة ألا ترى ان الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة

قوله (وأجيب بان الخصوص لم يثبت الى قوله بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه مره فليراجعها) أقول فان الرجعة تكون في العدة ولا عدة على غير المدخول بها قال المصنف (واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر) أقول قوله أو كبر يعني بان كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر أو لا تحيض بان كانت حائضا قال المصنف (فأراد أن يطلقها السنة الخ) أقول هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وسجى بهما بطور دليله الخاص (قوله والثاني ما ذكره بعض الشارحين) أقول أراد ان تقاى

ليس بمحرم ولو كان الأشهر بذلا عن الأقران في جميع الأحكام كان محرما كما في ذوات الأقران كذا ذكره شيخ الإسلام والجواب عن الثاني أن الشرع أقام الأشهر مقام حيض تنقضي بها العدة وهي انما تكون في ثلاثة أشهر غالبا فاقبت الأشهر مقام الحيض التي كانت وجدفعها ولم تقم الأشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفي بشهر واحد ولم تظهر في فائدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية أن ثمرته تظهر في حق الزام الحجة فانهم لما أجمعوا على أن في الاستبراء يكتفي بالحيض لا غير من غير توقف إلى الطهر والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا أن الشهر قائم مقام الحيض لا غير لان الخلف (٣٠) انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل واشترط الحيض مع الطهر في ثلاث حيض انما كان

لتحقيق عدد الثلاث لالذات الطهر على ما ذكر في المبسوط ولو كان لذاته لا شرط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا الى هذا لفظه ليس بشئ كما ترى لان الزام الحجة على أحد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف اذ البدئية تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف في مسألة لا يكون الزام الحجة على انحصار قال (ثم ان كان الطلاق في أول الشهر) اذا كان ايقاع الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت أو ناقصة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق بين طلاق السنة وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما بكل الاول بالاخير والمتوسطان

وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما بكل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسألة الاجارات قال (ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان)

الحيض بحضة وجعل فمين لا تحيض بشهر ويجوز كون الإقامة باعتبارها مع لازمه من الطهر المضاف الى كل حضة وريح بأنه لو لم يكن كذلك اكنى بعشرة أيام لانها أكثر الحيض المجمعول عدة والحيض المجمعول عدة هو الذي يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون عدتهما غالبين الشهر او فرق بين قولنا هو بدل عن حيض يتخللها اطهار وقولنا بدل عن الحيض والاطهار المتخللة فالطهر ضرورة تحققها لامن مسماه وما ألزم به من انه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا لم يمنع الطلاق في الشهر الثاني لانه في الحيض حكم مدفوع بأنه مقامه في انه عدة فقط لافي ذاته وذات الشهر طهر ولا في حكم آخر ألا يرى ان الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الأقران حرام وفي الآيسة والصغيرة لا يحرم فكذا الطلاق في الشهر الثاني وهذا الخلاف قليل الجسد في الفروع (قوله ثم ان كان الطلاق وقع في أول الشهر) هو أن يقع في أول ليلة روى فيها الهلال (تعتبر الشهور بالاهلة) اتفاقا في التفريق والعدة (وان كان وقع في وسطه فبالايام في التفريق) أي في تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفى ثلاثين من الطلاق الاول بل في الحادى والثلاثين فابعد لان كل شهر معتبر بثلاثين يوما فلو طلقها في اليوم الموفى ثلاثين كان جامعاً بين طلاقين في شهر واحد (وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة) تعتبر بالايام وهو رواية عن أبي يوسف فلا تنقضي عدتها الا بمضي تسعين يوما (وعندهما بكل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة) وقوله في الفتاوى الصغرى تعتبر في العدة بالايام بالاجماع بخلاف نقل الخلاف (قوله وهي مسألة الاجارات) يعني اذا استأجر ثلاثة أشهر في رأس الشهر اعتبرت بالاهلة اتفاقا ناقصة كانت أو كاملة وان استأجرها في أثناء شهر تعتبر الأشهر الثلاثة بالايام عنده وعندهما بكل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقبل الفتوى على قولها لانه أسهل وليس بشئ ووجهه بأن الاصل في الأشهر الالهة فلا يعدل عنه الا للضرورة وهي مندفة بتكميل الاول بالاخير ويمكن أن يقول ذلك في الأشهر العربية وهي السمة بالاسماء وهو لم يستأجر منه بجاديين ورجب ثلاثة أشهر مثلاً وليس يلزم من ذلك الالهة وحيتذ فلا بد من تسعين لانه لم يلزم من مسمى اللفظ الالهة صار معناه ثلاثة أشهر من هذا اليوم فلا تنقضي هذا الشهر حتى يدخل من الآخر أيام ثم يبدأ الآخر من حين انتهى الاول فيلزم كذلك في الثلاثة (قوله ويجوز أن يطلقها) أي يطلق التي لا تحيض من صغر

او صكر

بالاهلة (وهي مسألة الاجارات) على ما سياتي ان شاء الله تعالى قال (ويجوز أن يطلقها) أي

الآيسة أو الصغيرة (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) قال شمس الأئمة الحلواني وكان شيخنا يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل وأما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالفضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لان الافضلية لاتنافى الجواز

(قوله لكان محرما كما في ذوات الأقران) أقول سواء كان مع الطهر كما قاله ذلك البعض أولا (قوله وما ذكره صاحب النهاية الى قوله ليس بشئ) أقول قوله وما ذكره مبتدأ وقوله ليس بشئ خبره (قوله ويجوز أن يطلقها أي الآيسة والصغيرة) أقول والاطهران

(وقال زفر يفصل بينهم ما بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن لا تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحبيضة فكذا ههنا بشهر ولان الرغبة) تعتبر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جمعت في الطهر وانما تجدد الرغبة (٣١) بزمان فلا بد منه وهو الشهر

(ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها) أى في التي نحن فيها من الآيسة أو الصغيرة (والكراهية) أى كراهية الطلاق بعد الجماع (في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك يشبه وجه العدة) فلا يدري ان انقضاءها يكون بوضع الحمل أو بانقضاء المدة

ما ذكره بيان حاصل المعنى والا فالغدير راجع الى من لا تحيض لصغر أو كبر قال المصنف (ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها الخ) أقول قد سبق في باب المهر انه يجب العدة في الخلوة صحيحة كانت أو فاسدة في التي لا تحيض أو لا تتوهم الشغل قال المصنف (لان عند ذلك يشبه وجه العدة) أقول قال ابن الهمام هذا تعليل بما لا أثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لاتراه فتستمر في العدة الى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر انه امتد طهرها فتصبر الى أمر الله فهذا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم ووطئها

وقال زفر يفصل بينهم ما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع نفقتر الرغبة وانما تجدد بزمان وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتبارها لان عند ذلك يشبه وجه العدة

أو كبر (ولا يفصل بين ووطئها وطلاقها بزمان) وبه قالت الأئمة الثلاثة وقال زفر يفصل بين ووطئها وطلاقها بشهر وفي المحيط قال الحلواني هذا في صغيرة لا يربح حبلها ما فيه من ربحي فالأفضل له أن يفصل بين ووطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر ولا يخفى ان قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزوم الفصل لان الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيها يجب الفصل بحبيضة ففي من لا تحيض يجب الفصل بما أقام مقامه وهو الشهر ولان بالجماع نفقتر الرغبة وانما تجدد بزمان (قوله) ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها) أى في التي لا تحيض من صغر أو كبر (والكراهية) أى كراهية الطلاق في الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشبه وجه العدة انها بالحيض أو بالوضع وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا للصغر ولا كبر بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ أن لا يجوز تعقيب ووطئها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منهما ولما كان ظاهرا ان يقال قد علمت منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه أن نفقتر الرغبة فلم يقع الطلاق دلائل الحاجة لغاية الأمر ان الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين لا شبهة العدة وعدم المبيع وهو الطلاق مع عدم دلائل الرغبة وفي الصغيرة والآيسة ان فقد الأول فقد وجد الثاني فيمتنع أجاب بقوله والرغبة الخ وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه بل انتفى سبب من أسبابها وهو لا يستلزم عدمه مطلقا الأول لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطأ غير معلق فزارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطء وصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور وساقط ما بقي الاصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لان حاصل الوجه ان للرغبة سببين عدم الوطء مدة تجدد الرغبة عند آخرها عادة وكون الوطء غير معلق فعدم المدة فقط بالوطء القريب عدم أحد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة هذا ثم يمكن أن يقال ينبغي أن يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويتلخص جميع ما قيل من التعليل بعد توهم الحبل وادعاء ان الكراهية في ذوات الحيض باعتبارها فانه تعليل بما لا أثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لاتراه فتستمر في العدة الى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر انه امتد طهرها بأن لم يظهر حملها فتصبر لأمرك الله فهذا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم ووطئها فيه فظهر ان التعليل باشتباه وجه العدة لا أثر له اذ لم يبق فرق بين اعتدادها اذا جمعت في الطهر وعدمه الا بتجوزا أنها حلت أولا وهذا لا يختلف معناه الحال التي ذكرنا من اعتدادها لا يقال انه على أصل الشافعي من ان الحامل تحيض يصح التعليل به لانها بعد الانفصال من الوطء يجوز الحبل وان رأت الدم فلا يجزم بعدم رؤيته ثلاثا الا اذا مضت مدة يظهر في مثلها الحبل ولم يظهر بل وعلى أصلنا لا لا تنع من رؤية الحامل الدم بل نقول ان ما تراه فهو استحاضة فمع تجوز الحبل لا يتيقن بان ما رآه حيض أو استحاضة وهي حامل الى ان تذهب مدة لو كانت حاملا فيه الطهر الحبل لا نا نقول هذا بعينه جار في مال ووطئت في الطهر الذي يليه طهر الطلاق فلما اعتبر ما نعت الوطء فيه أيضا خصوصاً في آخره والحق ان كراهية الطلاق عقيب الجماع في ذات الحيض لعروض الندم يظهر

قبل النظر الى هذا المقام من الشرح ثم قال الشارح والحق ان كراهية الطلاق عقيب الجماع في ذات الحيض لعروض الندم يظهر والحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه

(قوله والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر) جواب قول زفر ان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما في حرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له في ايجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق أصلاً ولا يتكرر كما تقدم وانما المدخل في ذلك الدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفي الحكم الشرعي الدائر على الدليل وهو الفصل (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) واضح وقوله (وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) يعني قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس أي لا طهار عتتهن في ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها في حقهن كالاقراء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحمل وان طالت فهو طهر واحد حقيقة وحكما ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق بمافسار كالمعد طهرها فان طهرها وان امتد شهرها فهو فصل واحد لا تفرق التطليقات فيه ولها مانع اباحة الطلاق للحاجة لما تقدم (٣٣) ان الاصل فيه الحظر وانما أبيع عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التقصى عن حقوق

الزوجة والشهر دليل الحاجة كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا أي كون الشهر دليلاً في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلية السليمة فصل ان يكون علماً ودليلاً على وجود الحاجة (والحكم يدار على دليلها) فاذا وجد وجد ما أبيع لاجله الطلاق فمكون مباحاً وقوله (بخلاف الممتد طهرها) جواب عن قياس قول محمد بالفرق بان هناك لا يصلح الشهر ان يكون علماً لان العلم على الحاجة في حقها الطهر أي تجدد وهو موجود فيها في كل زمان لانه يمكن أن تحيض فتنطهر ولا يبرحى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض

والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحمل (وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة و زمان الحمل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيه الماكان ولده منها فلا تنقل الرغبة بالجماع (ويطلقها السنة ثلاثا بفصل بين كل قطلية تين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد) وزفر (لا يطلقها السنة الواحدة) لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالسنة طهرها ولها مانع اباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلية السليمة فصل علماً ودليلاً بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجوف فيها في كل زمان ولا يبرحى مع الحمل

الحمل الماكان الولد وشنت حاله وحال أمه (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة) ان اعتبر حائظاً لانه زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق لانه اتفق انه اقد حبلت أحبه أو سقطه فبق آمنان غيره فيرغب فيه لذلك أو لمكان ولده منها لانه يتقوى به الولد فيقصد به نفعه فظهر انه لا حاجة الى قوله فيها بل الرغبة في الوطء لكل من الامرين (قوله ويطلقها ثلاثا بالسنة بفصل بين كل قطلية تين بشهر عند أبي حنيفة رجه الله وأبي يوسف رجه الله وقال محمد وزفر رجما يفصل بين كل قطلية تين بشهر عند أبي حنيفة رجه الله وأبي يوسف رجه الله وقال محمد وزفر رجما الله لا يطلقها السنة الواحدة) وقال بلغة ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري (ولان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع باحلال الثلاث مفرقا على فصول العدة في ذوات الحيض) وورد باقامة الشهر مقام الحيض في الصغيرة والآيسة فصع الحاق في نفريقها على الاشهر (والشهر في حق الحامل ليس من فصول عتتها فصار كالحامل كالممتد طهرها) وفيها لا يفرق الطلاق على الاشهر فكذا الحامل وقول محمد رجه الله قول الأئمة الثلاثة (ولها مانع اباحة بعلة الحاجة) وقد منا

(قوله وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق الخ) أقول مستعينا بالله تعالى تأثير ذلك الاصل ان لا يقع الطلاق الا حيث يوجد دليل الحاجة اليه فلما انتفى الدليل عقيب الوطء لم يجز الطلاق فيه فلا بد من زمان يتحقق فيه ذلك وهو الشهر والاولى أن يحمل قوله والرغبة وان كانت تفتر الخ على منع وجود الرغبة فيه فانهم وان اتفت من الجهة التي ذكرها فقد وجدت من جهة أخرى فليأمل (قوله وقد سقطت جهة الرغبة الخ) أقول اذا سقطت جهة الرغبة واباحة الطلاق كان الاقدام عليه في زمان تجدد الحاجة لا يباح الطلاق فيه وهو معنى وجوب الفصل (قوله وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) يعني قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس أي لا طهار عتتهن في ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها في حقهن كالاقراء في حق ذوات الحيض) أقول قال ابن العميد الاتقاني والاصح عندي مذهب محمد لان الله تعالى أوجب تفريق الطلاق على فصول العدة في قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهنا في مدة الحمل لا يعتبر الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الشهر فلهذا بقدر استبراء الحمل بوضع الحمل لا بالشهر اه قال المصنف (ولها مانع اباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها) أقول لا يقال هذا مخالف لما في الدرس السابق من ان دليلها هو الاقدام عليه في زمان تجدد الرغبة لان الظاهر ان الاسناد مجازي

قال (واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له أن راجعها) أما الوقوع فلا النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون (٣٣) محسوبة منها فتطول العدة عليها

نقل صاحب النهاية عن شيخه ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الامر المذكور في

قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أي لا تطهار عدتهن أو الامر المذكور في قوله عليه السلام لمرء امرأتك فليراجعها لما انه كان مأموراً برفع الطلاق الواقع في حال الحيض لاجل الحيض كان منهيًا عن ايقاعه في حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد بالنهي قوله تعالى ولا تنكوهن ضاراً لتعدوا والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يمنع المشروعية كما عرفت في الاصول وأما الاستحباب فلقوله عليه السلام لمرء امرأتك فليراجعها وقد كان طلقها في حالة الحيض (وهذا الحديث يفيد الوقوع باقتضائه والحث على الرجعة) بعبارة قال المصنف (ثم الاستحباب قول بعض المشايخ) ووجهه ان أدنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة حقه ولا وجوب

(قوله وهو ما ذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة) أقول ولعل الاولى أن يقال يعني من كونه زمان النفقة فان المصنف علم به

(واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا يندم مشروعيته (ويستحب له أن راجعها) لقوله عليه السلام لمرء امرأتك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ

أنه لا يتنق مطلقاً بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يعقب التدم والتفريق على أوقات الرغبة وهي الاطهار التي تلي الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولاً فكيف وفصولها ليس الا الحيض لانها العدة لا الاطهار عندنا فكونها فصولاً من فصول العدة ليس جزءاً المؤثر بل المؤثر دليل الحاجة وشرط دلالة كونه في زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفطور لا يكون عادة الا بعد زمان وحين رأينا الشرع فرقها على الاطهار وجعل الايقاع أول كل طهر جائزاً علماً انه حكم بتجديد الرغبة عند تحقق قدر ما قبله من الزمان الى مثله من أول طهر يليه وذلك في الغالب شهر فأدركنا الاباحة على الشهر وعلى هذا التفريق على الشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولاً لاقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالأبواب فيهما أيضاً بالقياس بالنص ودلالته بخلاف ما قاس عليه من تمتدة الطهر لانها محل النص على تعلق جواز الايقاع بالطهر الحاصل عقب الحيض وهو مرجوف حقها كل لحظة ولا يرجح في الحامل ذلك وعلى هذا التفريق سقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله من أنه تعالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه وتعالى فطلقوهن لعدتهن لما بيناه من الغاء كونه فصولاً من فصول العدة بالنسبة الى الحكم على أن مانع دلالة الآية على التفريق أصلاً بل على استقبال العدة بالطلاق والعدة بمجموع الاقراء وانما يفيد تفرقه بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنه المتقدم ان من السنة أن تستقبل الطهر فتطلقها لكل قرء وأريد بالقرء الطهر وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية أن بطلتها طاهرة من غير جماع وهذا لان لزوم التفريق طريقه ان مفهوم طلقوهن أو جددوا طلاقهن لعدتهن فيستلزم عمومين عموم طلاقهن لانه جنس مضاف وكذا عدتهن فقد أحل جميع طلاقهن وهو ثلاث بجميع عدتهن وجميعه بضم واحد حرام فكان المراد تفرقه على الاطهار أو ما يقوم مقام ما يستلزمها وهذا غير لازم لان الفعل انما يدل على المصدر النكرة فالمعنى أو جددوا طلاقاً عليهن لعدتهن أي لاستقبالها أو ايضاً لفظ فصول العدة غير مذكور في النصوص انما سماها بذلك الفقهاء ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها له نسبة خاصة اليها اتفق انه ثلثها اتفاقاً وكل شهر من شهر والحامل جزء من أجزائها كذلك وان لم يتفق ان نسبتة بالثلث وعلى هذا يقوى بحث شمس الأعمدة ان الشهر من فصول عدة الحامل غير اننا لانعلق به اباحة الايقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان يتجدد فيه الرغبة عند مسبقوقية بذلك القدر من الزمان (قوله واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) خلافاً لما قد مناه النقل عنهم من الامامية ونقل أيضاً عن اسمعيل بن علية من المحدثين وهذا (لان

النهي عنه لمعنى في غيره) يعني أن النهي الثابت ضمن الامر أي قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهو المراد بالامر في قوله صلى الله عليه وسلم ما هكذا أمر الله وقوله وهو ما ذكرنا أي من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الايقاع عاص باجماع الفقهاء (ويستحب له أن راجعها) لقوله صلى الله عليه وسلم لعرفي حديث ابن عمر في الصحيحين مرأيتك فليراجعها حين طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع) فيندفع به قول نافي الوقوع (والحث على الرجعة والاستحباب المذكور انما هو قول بعض المشايخ) وكأنه عن قول محمد

(٥ - فتح القدير ثالث) عدم جوازه في زمان الحيض كما مر قبل أسطر (قوله وقال بعض الشارحين المراد بالنهي الخ) أقول يعني ناهي الشريعة (قوله بقرينة ان الرجعة حقه) أقول بل حق لله تعالى فان الرجوع عن المعصية مما أوجبه الله تعالى على عباده

على الانسان فيما هو حقه (والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر) قيل الامر لعمرو حقيقة الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بذلك ولادلالة
في ذلك على الوجوب على ابنه (٣٤) وأجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار كأن النبي صلى الله عليه وسلم

والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفع المعصية بالقدر الممكن رفع أثره وهو العدة ودفع الضرر
تطويل العدة قال (فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها قال وهكذا ذكر في
الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الاولى قال أبو الحسن) الكرخي (ما ذكره
قول أبي حنيفة وما ذكر في الاصل قوله ما) ووجه المذکور في الاصل ان السنة أن يفصل بين كل
طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تنجز أنتكامل وجه القول الا تخران
أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر
الذي يليه

رحمه الله في الاصل وينبغي له أن يراجعها فانه لا يستعمل في الوجوب (والاصح انه واجب) كما
ذكر المصنف (عملا بحقيقة الامر) فان حقيقته أوجد الصيغة الطالبة على وجه الحتم واعلم أن
قول الشافعية ان لفظ الامر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة الناذية والموجبة حتى يصدق النذب
ما موره حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب اذا يلزم من قوله مرأ أو جدا الصيغة الطالبة مجرد من
القرائن بل يحتمل ذلك وغيره فاذا لم يتعين ثبت كونه مطلوبا في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال
الشافعي رحمه الله وكذا أجد رحمه الله بالاستصحاب وأما عندنا فسمى الامر الصيغة الموجبة كما أن
الصيغة حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها وان كانت صادرة عن عمر رضي الله عنه لا النبي صلى الله
عليه وسلم لانه نائب عنه فيها فهو كالبلغ للصيغة فاشتغل قوله مرأبك على وجوبين صريح وهو
الوجوب على عمر رضي الله عنه أن يأمر وضمني وهو ما يتعلق بانه عند توجيه الصيغة اليه والقائلون
بالاستصحاب ههنا انما بنوه على أن المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها في مجرد التشبيه بعدم مباشرتها
والجواب أن ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز إيجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها ببقاء
الامر بقاء ما هو أثره من وجه فلا تترك الحقيقة قيل عليه ما حاصله ان هذا يصلح بحتا بوجوب الوجوب
لكن لا يفيد أن ما ذكره القدر من الاستصحاب قول بعض المشايخ مع ان محمد في الاصل انما قال لفظا
بدل على الاستصحاب ومرجع هذا الكلام الى انكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحا بل ذلك بحث فاذا
تحقق النقل اندفع وقوله والاصح كذا في عادة المصنفين نقل المراجع في المذهب لانه لا ترجيح لمذهب آخر
خارج عن المذهب وتذكر كبير أثره مع أنه للمعصية ما لتأويلها بالعصيان أو هو للطلاق في الحيض
(قوله واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها) هذا لفظ القدوري وهكذا ذكر في
الاصل وللفظ محمد فيه فاذا طهرت في حيضة أخرى راجعها وذكرا الطحاوي ان له أن يطلقها في الطهر
الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أبي
حنيفة وما ذكره في الاصل قولهما والظاهر أن ما في الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب أبي
حنيفة الا أن يحكي الخلاف ولم يحك خلافا فيه فلذا قال في الكافي انه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وبه
قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد وما ذكر الطحاوي رواية عن أبي حنيفة وهو وجه للشافعية (وجه
المذکور في الاصل) وهو ظاهر المذهب لابي حنيفة من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم
لعمري فليراجعها ثم لمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فان بدله أن يطلقها فيطلقها قبل أن يحبسها
فتلك العدة كما أمر الله عز وجل وفي لفظ حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها
ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا رواه مسلم

أمره بذلك ثبت الوجوب
ويجوز أن يقال فليراجعها
أمر لابن عمر فتجب عليه
المراجعة وقوله (ورفعها
للمعصية) معطوف على قوله
عملا وذلك لان رفع المعصية
واجب ورفعها بعد وقوعها
انما هو رفع أثره أي أثر
الطلاق الذي هو معصية وهو
العدة ودفع الضرر تطويل
العدة برفعها بالمراجعة وقوله
(قال) يعني القدوري (فاذا
طهرت) يعني بعد المراجعة
(وحاضت ثم طهرت فان
شاء طلقها وان شاء أمسكها)
قال المصنف (وهكذا ذكر
في الاصل وذكر الطحاوي
أنه يطلقها في الطهر الذي
يلي الحيضة) ووفق
الكرخي بين الرايتين
فقال ما ذكره الطحاوي
قول أبي حنيفة وما ذكره
في الاصل قولهما والمصنف
ذكر وجه كل منهما ولم
يرجع الى الحديث المروي
في الباب لان كل واحد من
الروايتين مروية في الحديث
روى البخاري مسندا الى
نافع عن عبد الله بن عمر أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لعمري فليراجعها ثم
لمسكها حتى تطهر ثم تحيض
ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد
وان شاء طلق قبل أن يحبس
وهذا يدل على رواية الاصل

وروى الترمذي في جامعه مسندا الى سالم عن ابن عمر انه عليه السلام قال لعمري فليراجعها ثم ليطلقها اذا
طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف الى بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر

(قوله ومن قال لامرأته) اعلم ان من قال لم يدخل بها أنت طالق ثلاثا بالسنة فاما أن تسكون من ذوات الاقراء والاشهر وكل واحد منهما على وجهين إما أن يذكر ذلك ولانية له أو نوى شيئا فان كانت من ذوات الاقراء ولانية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض أو حالة الطهر وكذا رأس كل شهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشيء لا يراد به ولنا ان اللام فيه أى في قوله للسنة للوقت والسنة تكون نارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محققا فاذ لم يكن له نية (٣٥) كان مطلقا والمطلق ينصرف

الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لا جاع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلاث دفعة أو في حالة الحيض مذهب أهل السنة فهو سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحة وقوعه بالسنة وهو ماروي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من طلق امرأته ألفا بات منه ثلاث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا ووقوعا وايقاعا وليس كذلك

(ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا بالسنة ولانية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جاع فيه (وان نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى) سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان أصحاب السنن والاولى أولى لانهم أكثر تفسيرها بالنسبة الى هذه الرواية وأقوى صحة وظهور من لفظ الحديث حيث قال بمسكها حتى تطهر ان استحباب الرجعة أو ايجابها مقيد بذلك الحيض الذي أوقع فيه وهو المفهوم من كلام الأصحاب اذا توصل فعلى هذا اذا لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية وأما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الاصل ان السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تجزأ أى ليس لجزئتها على حدته حكم في الشرع والاولى أن يقول ولا يمكن أن يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها اذا تصور حيضة الا الثانية فلغا بعض الاولى ووجه ما ذكره الطحاوي ان أثر الطلاق انعدام بالمرجعة فصار كما نه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقتها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن أبي حنيفة انه اذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره أن يطلقها الثانية في ذلك ولوراجعها بعد الثانية لا يكره ايقاع الثالثة وعلى هذا فرع ما لو أخذ بيد هابشهوة ثم قال لها أنت طالق ثلاثا بالسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة لانه يصير مرجعها بالمس شهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني وكذا الثالث وعلى ظاهر الرواية وهو قولهم لا يقع الا الاولى ثم في أول كل طهر بعد حيضة تقع أخرى فما ذكر في المنظومة وجمع البحر من من نسبة ذلك الى أبي حنيفة انما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه هذا اذا وقعت الرجعة بالقول أو بالمس أما اذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له أن يطلقها أخرى في هذا الطهر بالاجماع لانه طهر جامعها فيه وان حبلت فعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها أخرى حتى يمضي من وقت الطلاق شهر وعند أبي حنيفة ومحمد وزفر له أن يطلقها لان العدة الاولى سقطت والطلاق عقب الجماع في الطهر انما لا يحل لاشتباه أمر العدة عليها وذلك لا يوجد اذا حبلت وظهر الحبل هذا في تحلل الرجعة فاما لو تحلل النكاح بان كان الاول بائنا فليس له أن يطلقها الثانية اتفاقا وقيل في تحلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقا والوجه انه على اختلاف الرواية عنه (قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا بالسنة ولانية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) فان نوى ذلك فأظهر ثم ان لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر أخرى وان كان جامعها لم يقع شيء حتى تحيض وتطهر وعند الشافعي يقع الثلاث للحال لانه لا بدعة

(قوله فان كانت من ذوات الاقراء ولانية له فهي طالق عند كل طهر) أقول وان نوى ذلك كان أظهر قال المصنف (لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جاع فيه) أقول قال ابن

الهام وجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقفا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاطهار ليقع واحدة في كل طهر وأما تعليل المصنف فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلاثا للوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق بأحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ نفوذ ثلاثا في وقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جاع فانه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتيها بخلاف ما قررنا اهـ ولنا ان تقول وقت السنة للطلاق الثلاث ثلاثة اطهار لا جاع فيها وذلك ما قال المصنف فليتامل (قوله فاذا صح الوقوع صح الايقاع الخ) أقول فيه بحث

أحب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والابقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا (وان كانت آيسة أو من ذوات الانهر) ولم تكن له نية (وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى (٣٦) لان الشهر في حقها دليل الحاجة) على ما ينسب قبل هذا ان الشهر في حقها قائم

وقوعه بالسنة لا يبقاعا فلم يتناول مطلق كلامه وينتظمه عند نية (وان كانت آيسة أو من ذوات الانهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى) لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لفرز لما قلنا) بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة ولم ينصر على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلاث

عنده ولا سنة في العدد ولو كانت من ذوات الانهر يأتي ولو كانت غير مدخول به اوقع عليها واحدة في الحال وان كانت حائضا لم يقع شيء الا أن يترجها مرة أخرى فتقع الثانية فان تزوجها أيضا وقعت الثالثة ووجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فيصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاظهار لتقع واحدة في كل طهر وأما تعليل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلاثا للوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ فؤداء ثلاث في وقت السنة ويصدق بوقوعها جلة في طهر بلا جماع فانه بهذا التفرع يمنع نعيم السنة في جهتها بخلاف ما قررنا وأما الوصفه عن هذا نيته فأراد الثلاث فانه يصح خلافا لفرز قال فانه بدعة ضد السنة ولا يحتمل لفظه فلا يعمل نيته فيه قلنا بل يحتمل لانه سني وقوعا على وقوعه بالسنة فتصح ارادته وتكون اللام للتعليل أي لاجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث بخلاف ما لو صرح بالاقوات فقال أنت طالق ثلاثا لاقوات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية انما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتل الوقت والتعليل وهي في مثله للوقت أظهر منها للتعليل فيصرف الى التعليل بالنية والى الوقت عند عدمها بخلاف لفظ اوقات وكذا اذا نوى أن يقع عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت عند رأس الشهر حائضا أو طاهرة لان رأس الشهر ما أن يكون زمان حيضها أو طهرها فعلى الثاني هو سني وقوعا وابقاعا وعلى الاول سني وقوعا فنيته الثلاث عند رأس كل شهر مع العلم بان رأس الشهر قد تكون حائضا فيه نية الاعم من السني وقوعا وابقاعا معا وأحدهما (قوله وان كانت) أي امرأته أي التي قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة (آيسة أو من ذوات الانهر) التي هي فصول العدة عندهم فيتناول الحامل عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وقعت الساعة واحدة وبعد كل شهر أخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا) من أن الشهر في حقها قائم مقام الحيض (قوله وان نوى أن تقع الساعة ثلاث وقعن عندنا) خلافا لفرز (لما قلنا) من أنه سني وقوعا فيصح من بابا فائلا أن يقول ينبغي أن تقع الثلاث في الحال متتابعة لان هذه يجوز أن يطلقها عقيب جماعه فكان كل وقت في حقها وقت طلاق السنة وما وجهه به ذلك وهو أن الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلاث في الوقوع كالموسم بالشهوة وقال أنت طالق ثلاثا للسنة على ما مر عن أبي حنيفة حيث تقع الثلاث متتالية لان وقت كل واقع منها وقت السنة وان اختلف الوجه وعلى هذا يجب أن لا ينصرف لطلاقها ثلاثا بطلاقات متفرقة في أن يفرق بين كل تطبيقين بشهر بل غايته أن يكون أولى وينعطف بهذا البحث على ما تقدم أيضا (قوله بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة الخ) اذا قال أنت طالق للسنة ولم يذ كر ثلاثا وقعت واحدة في

مقام الحيض (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لفرز لما قلنا) انه سني وقوعا واذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث ان كانت طاهرة لم يجامعها لوقوع في الحال وان كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله أنت طالق للسنة ابقاع تطليقة مختصة بالسنة المعترفة باللام وهي ثلاث وان نوى ثلاثا بجلة قال المصنف لا تصح قبل هكذا ذكر في الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الدين السمرقندي لان نية الثلاث ان صحت فانما تصح من حيث ان اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة متعدد

قال المصنف (وينتظمه عند نيته) أقول قال ابن الهمام ويكون اللام للتعليل أي لاجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث انتهى وعلى تقرير الشارح أكمل الدين اللام للوقت على كل حال (قوله أوجب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة الخ)

أقول يعني ان قوله أنت طالق ثلاثا فيه جهتان البدعية والسنة فان تكلم به هذا الكلام يقصد الحال ابقاع الثلاث جلة بدعة وحرام واتصافه بكونه ابقاعا للثلاث سني عرف بالسنة والوقوع به ليس فيه جهة الحرمة والبدعة فكان أشبه بالسنة المرضية (قوله لم يقع الساعة) أقول اذا لم ينو ذلك

فيفيد نعيم الوقت ومن ضرورة نعيم الوقت نعيم الواقع فيه لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الطرف في تكرر المطر وفإذا نوى الجمع بطل نعيم الوقت فيبطل نعيم الواقع فيه لان بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلاث بخلاف ما إذا ذكر ثلاثا لان الثلاث مذكور صريحاً فتصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام ان نية الثلاث صحيحة جملة كالأوز كثر ثلاثا لان التطبيقية المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن وأحسن فالأحسن أن يطلقها في طهر لا جامع فيه والحسن أن يطلق الثلاث في ثلاثة اطهار فإذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوى التطبيقية المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال أنت طالق ثلاثا بالسنة أو طلاقا للسنة كذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة ودليله يدل (٣٧) على التفريق على الاطهار

كأثرى ونقل فاضحان في الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كالأوز كثر ثلاثا وفيه نظر لانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء في العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعله سبب اختيار المصنف عدم الوقوع جملة والله أعلم

انما صححت فيه من حيث ان اللام فيه لا الوقت فيفيد نعيم الوقت ومن ضرورته نعيم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل نعيم الوقت فلا تصح نية الثلاث

الحال ان كانت في طهر لم يجامعها فيه وان كانت قد جامعها أو حائضاً لم يقع شيء حتى تطهر فتقع واحدة لان اللام فيه للاختصاص أي الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلاثا مفرقا على الاطهار صح لان المعنى في أوقات طلاق السنة ومن ضرورة وقوع الطلاق في كل وقت منها وهي متعددة تعدد الواقع فيصح ولو نوى ثلاثا جملة اختلف فيه فذهب المصنف وغيره الاسلام والصدرا الشهيد وصاحب المختلفات الى أنه لا يصح وانما يقع به واحدة في الحال وذهب القاضي أبو زيد وشمس الأئمة وشيخ الاسلام الى أنه يصح فتقع الثلاث جملة كما تقع مفرقة على الاطهار لان السنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما اذا صرح بلفظ الثلاث وحققه بعضهم بان التطبيقية المختصة بالسنة مستحب وهو ما عرف وبدعي وكلاهما عرفا بالسنة وان اقترن أحدهما بالثاني فأيها ماواه صح فاذا نوى البدعي صح لانه محتمل كلامه ومختار المصنف أوجه لان مع نية الجملة لا تكون اللام للوقت مفيدة للعموم ومواقع الثلاث الا عن ضرورة نعيمها بالوقوع لان مجرد طالق لا تصح فيه نية الثلاث على ما سألنا ان شاء الله تعالى فاذا نوى نعيم الاوقات لم يبق ما يصلح لايقاع الثلاث فلا تعمل نية جللتها وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعي فأيها ماواه صح ان أرادوا أنها اذا نوى الطلاق العام الذي هو أحد القسمين صح منعناه لان طالقاً لا يراد به الثلاث أصلاً بل اختلف في المذهب على ما سألنا لعدم احتماله اياه فلا يراد به وان أرادوا أنها اذا نوى فرداً من الطلاق البدعي أو المستحب صح فسلم ولا يفيد وقوع الكل وليس ثم موجب آخر لغرض أن اللام ليست لعموم الوقت ليس غير وأورد عليه بعض الشارحين منع أن نعيم الاوقات يستلزم نعيم الواقع للاتفاق على أنه اذا قال أنت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلاث لما سألنا من أنها بطلاق واحد تكون طالقاً كل يوم وكذا بطلاق في وقت من أوقات السنة نصيره طالقاً في جميع أوقاتها المستقبلية وهذا غير مطابق للتنازع فيه لان الكلام فيما اذا نوى بقوله أنت طالق السنة نعيم أوقات السنة بالوقوع لا فيما اذا لم تكن له نية وقد ذكرنا أنه اذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم تقع به واحدة بلانية ولو نوى فيه تجدد الواقع في الايام علمت نيته فيقع الثلاث في ثلاثة أيام نعم هذا يصلح اشكالاً على صحة وقوع الثلاث مفرقا على الاطهار في هذه المسئلة ومفرقا على الايام في المسئلة الموردة بناء على ما ذكرنا من أن طالقاً لا يقبل التعميم والسنة على ما قرر المصنف لوقتها فيفيد نعيم الوقت لكن نعيمه لا يستلزم نعيم الواقع في العدد بل انصحاب حكم طلقة واحدة يوجب أنها طالق في جميع أوقات السنة المستقبلية وفي

(قوله فيفيد نعيم الوقت) أقول يعني اذا نوى ذلك (قوله وقد تكرر الطرف في تكرر المطر وف) أقول فيه ان زيدا مثلاً موجود اليوم واليوم الذي قبله وهكذا فالطرف لوجوده متكرر وليس لوجوده تكرر (قوله وفيه نظر لانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء) أقول ان شئت تمام تحقيق الكلام وتبيين المرام فراجع كتب الاصول وانظر مباحث الاقتضاء قال المصنف (ومن ضرورته

نعيم الواقع فيه) أقول قال الاتقاني ولنا فيه نظر لان نعيم الوقت لا يستلزم نعيم الواقع فيه ألا يرى انه لو قال لا مرة أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لا تقع الاطلقة واحدة عندنا خلافاً لفرع أن الوقت عام كأثرى من لفظ العموم ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى ولك ان تقول وزان ما ذكرته وزان قولنا زيد موجود كل يوم فيحمل على استمرار الطلاق الواحد اذا لم تكن له نية بخلاف قولنا أنت طالق للسنة فانه يفيد اختصاص الطلاق لاوقات السنة اذا أريد نعيم الوقت والطلاق المستمر لا يختص بوقت السنة بل يوجد كل وقت فلا مجال للحمل عليه بل يحمل على التجدد فاللام في قوله نعيم الوقت للعهد يعني وقت السنة ومن ضرورة نعيم وقت السنة نعيم الواقع فيه فليستأمل

فصل (ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلاً بالغاً ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم) لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديم العقل والنائم عديم الاختيار

كل الايام فلم يوجب نعيم طالق في عدد الطلاق ولا يحتمله فلا يحتمل حينئذ النعيم فلا تصح نيته وسند كرم من وجه تصحيحه في فصل اضافة الطلاق ان شاء الله تعالى * (فروع) * ألفاظ طلاق السنة على ما روي بشر عن أبي يوسف للسنة وفي السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاق اعد لا وطلاق الدين والاسلام وأحسن الطلاق واجله أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب كل هذه تحمل على أوقات السنة بلانية لان كل ذلك لا يكون الا في المأمور به ولو قال طالق في كتاب الله أو بكتاب الله أو معه فان نوى طلاق السنة وقع في أوقاتها والا وقع في الحال لان الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج الى النية ولو قال على الكتاب أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء أو طلاق القضاة أو الفقهاء فان نوى السنة دين وفي القضاء يقع في الحال لان قول القضاة والفقهاء يقتضي الامرين فاذا خصص دين ولا يسمع في القضاء لانه غير ظاهر ولو قال عدلية أو سنة وقع عند أبي يوسف للسنة ولو قال حسنة أو جميلة وقع في الحال وقال محمد في الجامع الكبير وقع في الحال في كليهما لان هذه الصفات جاز أن توصف بها المرأة فلا تجعل للطلاق حتى يتأخر ف يقع في الحال واعتبر أبو يوسف الغالب وباقي هذا الفصل تشبيه الطلاق ولو قال طالق البدعة أو طلاق البدعة ونوى الثلاث في الحال يقع لانها محتمل كلامه وكذا الواحدة في الحيض والطمهر الذي فيه جماع وان لم تكن له نية فان كان في طهر فيه جماع أو في حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعتها وان كانت في طهر لا جماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض أو يجامعها في ذلك الطهر

فصل (قوله ولا يقع طلاق الصبي) وان كان بعقل (والمجنون والنائم) والمعنوه للمجنون قيل هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون وقيل العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله الا نادراً والمجنون ضده والمعنوه من يكون ذلك منه على السواء وهذا يؤدي الى ان لا يحكم بالعتة على أحد والاول أولى وما قيل من يكون كل من الامرين منه غالباً معناه يكثر منه وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحياناً والمبرسم والمغنى عليه والمدهوش كذلك وهذا (لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون) والذي في سنن الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله وضعفه وروي ابن أبي شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يجوز طلاق الصبي والمجنون وروي أيضاً عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه قال كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه وعلقه البخاري أيضاً عن علي رضي الله عنه والمراد بالجواز هنا النفاذ وروي البخاري أيضاً عن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا سكران طلاق لكن معلوم من كلمات الشريعة ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له اهلية التصرف وأدناها بالعقل والبلوغ خصوصاً ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصاً ما لا يحل الا لانقضاء مصلحة ضده القائم كالطلاق فانه يستدعي غم العقل ليحكم به التمييز في ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنة السقوط وهو الايمان حتى صرح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لان المدارس البلوغ لا تضبطه فعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا يبنى الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان

فصل لماذا كرت طلاق السنة لانه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون)

فصل قال المصنف

والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لأن فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع فعنه كل طلاق نافذا لطلاق الصبي والمجنون ولأن أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون أما المجنون فظاهر وأما الصبي فلائن المراد به ما هو المعتدل منه والصبي وإن انصف بالعقل حتى صبح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه مضرة (والنائم عديم الاختيار) في التكلم بشرط التصرف الاختياري فيه (وطلاق المكره واقع خلافاً للشافعي هو يقول إن الإكراه لا يجتمع الاختيار) لافساده إياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار (بخلاف الهازل فإنه مختار) فكان شرط التصرف فيه موجوداً وقيد بقوله في التكلم بالطلاق إشارة إلى أن المعتبر ذلك ألا ترى أن من أراد أن يقول لامرأته أسقني فقال أنت طالق وقع وإن لم يكن مختاراً لحكمه لكونه مختاراً في التكلم (ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحة في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته) أي حكمه لثلاثين تخلف الحكم عن علته وقوله قصد إيقاع الطلاق احتراز عن الإقرار به مكرها (٣٩) فإنه لقوله لكونه خبراً يحتمل

الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على أنه كاذب فيه والخبر عنه إذا كان كذاً بقا لاخبار عنه لا بصير صدقاً وقوله في حال أهليته احتراز عن الصبي والمجنون وتقرير بجهته أن المكره قصد إيقاع الطلاق في منكوحة في حال أهليته لأنه عرف الشرين الهالك والطلاق واختار أهونهم ما و اختار أهون الشرين آية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من قصد إيقاعه كذلك لا يعرى فعنه عن حكمه كما في الطائغ إذا العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته أن يتخلص عما وقع عليه من القتل أو الجرح وقوله إلا أنه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختاراً لما

(وطلاق المكره واقع) خلافاً للشافعي هو يقول إن الإكراه لا يجتمع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لأنه مختار في التكلم بالطلاق ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحة في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعاً لحاجته اعتباراً بالطائغ وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهم ما وهذا آية القصد والاختيار إلا أنه غير راض بحكمه وذلك غير محمل به كالهازل

السكينة وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب أنه إذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر رضي الله عنهما جواز طلاق الصبي ومراعاة العاقل ومثله عن الإمام أحمد والله أعلم بصفة هذه النقول (قوله وطلاق المكره واقع) وبه قال الشعبي والنخعي والثوري (خلافاً للشافعي) وبقوله قال مالك وأحمد فيما إذا كان الإكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه وهو مروي عن علي وابن عمر ونسبهم وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأن الإكراه لا يجتمع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لأنه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قلنا وكذلك المكره مختار في التكلم اختياراً كاملاً في السبب إلا أنه غير راض بالحكم لأنه عرف الشرين فأختار أهونهم ما عليه غير أنه محمول على اختياره ذلك ولا تأثير له في نفي الحكم يدل عليه حديث حذيفة وأبي بصير حين خلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فيمن إن اليمين طوعاً وكرهاً سواء فعمل إن لا تأثير لاد كراه في نفي الحكم المتعلقة بمجرد اللفظ عن اختيار بخلاف السبع لأن حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو منتف بالاكراه وحديث رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقضي ولا عموم له ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم أحكام الدنيا وأحكام الآخرة بل أم الحكم الدنيا وأحكام الآخرة والاجتماع على أن حكم الآخرة وهو المأخذه مراد فلا يراد الآخرة والأعم وروى محمد بن سنان أنه نادى عن صفوان بن عمرو والطائي أن امرأته كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم خرته وقالت لتطلقني ثلاثاً أو لا تبحتك فنادى الله فأتى فطلقها ثلاثاً ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قبول في الطلاق وروى أيضاً عن عمر رضي الله عنه أنه قال

كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرهاً من البيع والشراء والأجارة وغيرها وليس كذلك ووجهه أنه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود وأما هنا فعدم الرضا بالحكم غير محمل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم فإن قيل بين المكره والهازل فرق وهو بطل القياس وذلك لأن المكره له اختيار فأسد والهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره أوجب بان للهازل اختياراً كاملاً في السبب أما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلاً فكان اختيار الهازل أيضاً غير كامل بالنظر إلى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار أحدهما بالآخر جائزاً

(ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق) أقول أي قصد التكلم بما هو موضوع لإيقاع الطلاق كذا قيل وفيه بحث (قوله والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة الخ) أقول وأيضا لو أريد بذلك لكان الطلاق البدعي حلالاً وليس كذلك (قوله والخبر عنه إذا كان كذاً) أقول أي غير واقع (قوله لا بصير صدقاً) أقول أي واقعاً (قوله إذا العلة فيه) أقول أي في الطلاق (قوله فكانا متساويين) أقول أي من تلك الجهة

(وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي عدمه) والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح خلافاً في كلامه
تساعداً لا يجعل العقل زائلاً بالسكر وليس كذلك عندنا لأنه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب كالعدوم
وأطلق الزوال مجازاً لا لخصم لم يضره ذلك واعترض بوجهين أحدهما أن شرب المسكر كسفر المعصية فبالسفر صار سبباً للتخفيف
دون شرب المسكر والثاني أنه لما جعل العقل باقياً في الطلاق حكماً جزاه كانت الردة والاقرار بالحدود والخالصة أولى لأن الزجر والعقوبة
هناك أتم وأجيب عن الأول بأن (٤٠) الشرب نفسه معصية ليس فيه إمكان انفصال ولا جهة أباحة تصلح لإضافة التخفيف إليها

(وطلاق السكران واقع) واختيار الكرخي والطحاوي أنه لا يقع وهو أحد قول الشافعي لأن صحة القصد
بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبلع والدواء ولنا أنه زال بسبب هو معصية فجعل باقياً حكماً جزاه
حتى لو شرب فصعد وزال عقله بالصداع نقول أنه لا يقع طلاقه

أربع مبهات مفصلات ليس فيهن رد النكاح والطلاق والعناق والصدقة وأما الوجه القائل بأن
الأكراه لا يزيل الخطاب فيما كره فيه حتى يباح مرة ويفترض ويحرم أخرى فليس الكلام في حل
الاقدام وحرمة بل في ترتب حكم ما حل أو وجب الاقدام عليه إذا كان تلفظاً ولا يلزم من حل
التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه إذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما ثبت مع الأكراه
أحكامه عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والابلاء والنفق والظهار والعناق والعفو
عن القصاص واليمين والنذر وجعلها ليسهل حفظها في قول

يصح مع الأكراه عتق ورجعة * نكاح وإبلاء طلاق مفارقي
وفى ظهار واليمين ونذر * وعفو قتل شاب عنه مفارقي

وهذا في الأكراه على غير الإسلام والافبالا كراه على الإسلام تتم أحد عشر لأن الإسلام يصح معه
(قوله وطلاق السكران واقع) وكذا عتقه وخلعه وهو من لا يعرف الرجل من المرأة
ولا السماء من الأرض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصالح وما في بعض نسخ
المختصر من قوله يقع الطلاق إذا قال نويت به الطلاق يعني المكروه والسكران فليس مذهباً لانه
إذا قال نويت به أو ذكر كناية من الكنايات مثل أنت حرة فيجب أن يصدق فيقع بالإجماع وفي شرح بكر
السكر الذي يصح به التصرفات أن يصير بحال بحيث يحسن ما يستقبحه الناس أو يستقبح ما يستحسنه
الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه
من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وأبراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد ودوبه
قال مالك والثوري والأوزاعي والشافعي في الأصح وأحمد في رواية وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد
وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحق بن راهويه وأبو ثور وزفر وقد ذكرناه عن عثمان
رضي الله عنه وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من
مشايخنا وجهه أن أقل ما يصح التصرف معه وإن كان حكمه مما يعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح
أو مظنته وليس له ذلك وهو أسوأ حالاً من النائم لأنه إذا أوقف يستيقظ بخلاف السكران وصار كزواله
بالبلع والدواء وهو الأفيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له ولا يصح ردته ولا تصح قلنا لما
خاطبه الشرع في حال سكره بالأمر والنهي بحكم فرعى عرفنا أنه اعتبر به كقائم العقل تشديداً عليه

فجعل باقياً جزاً بخلاف سفر
المعصية فإن نفس السفر
ليس بمعصية وأمكن
انفصالها عنه ابتداء وانتهاء
فكانت جهة أباحته تصلح
لإضافة التخفيف والترخص
إليها وعن الثاني بأن الركن
في الردة الاعتقاد والسكران
غير معتقد لما يقول فلا
يحكم بردته لانعدام ركنها
لالتخفيف عليه بعد تقرر
السبب وأما الاقرار
بالحدود فإن السكران
لا يكاد يثبت على شيء فيجعل
راجعاً عما أقر به فيؤثر فيما
يجهل الرجوع وفي قوله
بسبب هو معصية إشارة إلى
شيئين أحدهما الفرق بين
الشرب وسفر المعصية
كما ذكرنا والثاني أن هذا
الحكم مرتب على سكر
يكون محظوراً وأما غيره فهو
أن يكون من مباح كالبلع
ولبن الرمان والتمر إذا كره
على شربها بالقتل فهو
كالأغصاف حتى منع وقوع
الطلاق والعناق وأكد

ذلك بقوله (حتى لو شرب فصعد وزال عقله بالصداع نقول أنه لا يقع طلاقه) لأنه لم يكن زواله بمعصية واعترض بأن
الصداع أثر الشرب فكان علة العلة والحكم يضاف إليها كما يضاف إلى العلة فبالله لم يكن كذلك وأجيب بأن الإضافة إلى علة العلة إنما

(قوله ليس فيه إمكان انفصال) أقول يعني نظراً إلى نفسه وإن كان الانفصال تنظراً إلى الأكراه وحالة الاضطراب لا يضر ذلك بخلاف
السفر فإنه نظراً إلى نفسه ليس بمعصية بل كونه معصية إنما هو بالنظر إلى الغير (قوله وأما الاقرار بالحدود فإن السكران لا يكاد يثبت
على شيء فيجعل راجعاً عما أقر به الخ) أقول إذا جعل مع زوال عقله غير زائل العقل زحراً فلم يجعل مع عدم رجوعه راجعاً فإن ذلك ليس
بمناسب للزجر

في الاحكام الفرعية وعقلنا ان ذلك يناسب كونه تسبب في زوال علة بسبب محذور وهو محتار فيه
فادرا عليه واعتبرنا اقواله وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع
طلاق من غاب عقله بأكل الخشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بجرمته بعد ان اختلفوا فيها فافق
الزنى بجرمته وافق أسدين عمرو وبجله لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشئ لعدم ظهور شأنهم فافهم فلما ظهر
من أمرها من الفساد كثير وافشاعا لمشايخ المذهبين الى تحريمها وافقوا بوقوع الطلاق من زوال عقله
بها وهذا الوجه من الجانبين يفيد ان الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الاول وهو من لا عقل
له يحيز به الرجل من المرأة الى آخره وبه يبطل قول من ادعى ان الخلاف انما هو فيه بمعنى عكس
الاستحسان والاستصحاب مع تمييز الرجل من المرأة والعجب ما صرح به في بعض العبارات من ان معه
من العقل ما يقوم به التكليف اذ لا شك ان على هذا التقدير لا يتجه لاحد ان يقول لا يصح تصرفاته
اما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لان كان خطابا له
حال سكره فنص وان كان قبل سكره يستلزم ان يكون مخاطبا في حال سكره اذ لا يقال اذا جئت فلا تفعل
كذا وبذلك لا تنصوص والاجماع فانه لما ألحق بالصاحي فيما لا يثبت مع النسبة وهو الحدود
والقصاص حتى حدو قتل اذا قذف وقتل فلان يلحق به فيما يثبت مع النسبة كالطلاق والعقاق أولى وانما
لم يعتبر اقراؤه بما يوجب الحد لان حاله وهو كونه لا يثبت على شئ يوجب راجعا عما أقر به عقبيه وعدم
صحة رده لان صريح النص ما اعتبر عقله باقيا الا فيما هو من فروع الدين فلو أثبتناه في أصل الدين كان
بالقياس ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب كفاؤه التشديد فيما يوجب ولان الاكفار والحالة
هذه انما يكون احتياطا ولا يحتاط في الاكفار بل يحتاط في عدمه ولان ركنها الاعتقاد وهو منتف
لا يقال يلزم عدم كفار الهائل لانه أيضا لا يمتنع ما قاله من الكفر هزلا والواقع كفاؤه لانا نقول
اكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو منتف في السكران لان زائل العقل لا يوصف
بأنه مستخف بشئ وفي جمل الفقه لان ابقاء عقله للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغاب وجوده والردة
لا يغاب وجودها ولان جهة زوال العقل تقتضي بقاء الاسلام وجهة بقاءه زواله فترجع جهة البقاء لان
الاسلام يعلم ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوى غالبا فلا يكون
زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوى بل للهو وادخال الاقعة قصد ان ينفى أن نقول
يقع فان عبد العزيز الترمذي قال سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه
فطلق امرأته قالان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق ومعلوم ان الضرورة
مبيحة فكان محمل هذا ما قلنا وعن ذلك قلنا اذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع
والحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة أعني الصداع لقطع بأن
أثرها لا يصل الى المعلول الاخير ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا
عند استعداد الطبيعة له في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل
كسفر المعصية لما يمكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بل يمنع الترخص فلم يضاف زوال العقل اليه
ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع من زيل العقل بل زال به حيث تعلق به التشديد
لاضافة زوال العقل اليه وهو المعصية وعلى هذا الوجه يهاكمها أولا ساعة لقمة ثم سكر لا يقع عند
الاثمة الثلاثة وبه قال بعض مشايخنا وفي الاسلام وكثير منهم على انه يقع لان عقله زال عند كمال
التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها والاول أحسن لان موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب
في زواله بسبب محذور وهو منتف والخاص ان السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر
والاشربة الاربعة المحرمة واضطر لا يقع طلاقه وعقاقه ومن سكر منها مختارا اعتبرت عباراته وأما

تكون اذا لم تكن العلة
صالحة للاضافة وههنا
صالحة لذلك لان زوال العقل
مما يؤثر في عدم الوقوع كما
اذا جن

وقوله (وطلاق الاخرس واقع) ظاهر وقوله (وطلاق الامة ثنتان) اذ التطلاق باعتبار التطبيق وكلامه ظاهر ووجه الاستدلال له بقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة فالامة مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله قال الله تعالى ولقد كرمنا بني آدم الآية ومعنى الامة في الحر كمال صلاحه لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة ونحوه عن معنى المالية التي تجعل المملوك في قرن البهائم ملزوما (فكانت مالكيته أبلغ) فان قلت الدليل (٤٣) أخص من المدعى لان المدعى لان الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا والدليل

يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا قلت اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت (ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان) ووجه الاستدلال أنه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس وهو يقتضى أن يكون طلاق هذا الجنس ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الامة ثنتان فلم تنق الادم للجنس فان قيل يجوز أن يكون المراد بها الامة تحت عبدها بالحدِيثين أوجب بأنه يفضى الى أن يكون الهاء في وعدتها عائدة اليها فيكون تخصيصها بكون عدتها حيضتين اذا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان

(وطلاق الاخرس واقع بالاشارة) لانها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعا للعاجزة وستاتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى (وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحر ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا) وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء لان صفة المالكية كرامة والامة مستدعية لها ومعنى الامة في الحر كمال صلاحه لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة ونحوه عن معنى المالية التي تجعل المملوك في قرن البهائم ملزوما (فكانت مالكيته أبلغ) فان قلت الدليل (٤٣) أخص من المدعى لان المدعى لان الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا والدليل

من شرب من الاشربة المتخذة من الجيوب والعسل فسكرو وطلق لا يقع عند أي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد ويبقى بقول محمد لان السكر من كل شراب محرم (قوله وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت مفهومة فكانت كالعبرة) في الدلالة استحسانا فيصحبها نكاحه وطلاقه وعناقه وبيعه وشرائه سواء قدر على الكتابة أولا وهذا استحسان بالضرورة فانه لو لم يعتبر منه ذلك أدى الى مونه جوعا وعطشا وعرا ثم رأينا أن الشرع اعتبرها منه في العبادات ألا ترى انه اذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا فكذا في المعاملات وقال بعض الشافعية ان كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الاشارة وهو قول حسن وبه قال بعض مشايخنا ولا يخفى ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاقه الاشارة المقررة بتصويت منه لان العادة منه ذلك فكانت الاشارة بيان لما أجله الاخرس ويتصل بما ذكرنا كناية الطلاق والاخرس فيها كالصحيح فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام فادعى على الكتاب فهو والعصم في الكتاب سواء وسنفسله ان شاء الله تعالى موصولا بكتابات الطلاق (قوله وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحر ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا) وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بالرجال والعدة بالنساء فان كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه بتطليقتين وان كان حرا وهي أمة لا تحرم عليه الا ثلاث ونقل أن الشافعي لما قال عيسى بن أبان له أيها الفقهاء اذما لك الحر على امرأته الامة ثلاثا كيف يطلقها السنة قال يقع عليه واحدة فاذا حاضت وطهرت أوقع أخرى لما أراد أن يقول فاذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تخير رجعا فقال ليس في الجمع بدء ولا في التفريق سنة ويقول الشافعي قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ويقولنا قال الثوري وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما ما روى عنه صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء قابل بينهما واعتبار العدة بالنساء من

سواء كانت تحت حرا أو عبدا بالاشارة في حق من ينظر لحواله أن يكون من باب الاستخدام يكون المراد بالامة الامة تحت حيث عبدا والضمير عائدة الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابة لا تجدى في مقام الاستدلال

(قوله فان قلت الدليل أخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا الخ) أقول فيه ان حال العبد علم من قوله ومعنى الامة في الحر كمال فكان مالكيته أبلغ وأكثر فان الفعل يقتضى التشريك في أصل الفعل (قوله لكان لبعض الامة) أقول يعني لا يكون لكل الامة (قوله أوجب بأنه يفضى الى قوله فيكون تخصيصها بالخ) أقول مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا مطلقا وعند الشافعية أيضا اذا كان في مقابلة المنطوق وهنا كذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم الامة بالنساء (قوله والجواب ان ذلك خطابة) أقول أي ما ذكره الخصم في وجه الاستدلال من انه يجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة

(ولأن حل المحلثة أى حل

أن تكون المرأة محل
النكاح نعمة في حق المرأة
لأنها تصل بذلك إلى درور
النفقة والسكنى ووفرة السكني

والازدواج وتحصين الفرج
وغيرها وما هو نعمة في حقها
يتنصف بالرق فإن للرق
أثر في تنصيف النسم في
الرجال فإن العبد لا يملك
من التزوج ما فوق الاثنين
فكذا في حق النساء فإنها
لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها
وكان ذلك يقتضي أن لا يملك
الزوج عليها إلا عقدة
ونصفا أى طلاقه ونصف
طلقة تنقيصا لحل المحلثة
(الأن العقد لا تجزأ
فتكاملت عقدتان) ومذهبنا
قول علي وابن مسعود
وقوله (وأويل ماروى) يعنى
قوله الطلاق بالرجال أن
الايقاع بالرجال فإن قيل
هذا معلوم فلا يحتاج إلى
ذكره خاصة أوجب بل كان
الذكره حاجة لأن المرأة في
الجاهلية إذا كرهت الزوج
غيرت البيت وكان ذلك
طلاقا فمنها رفع ذلك بقوله
الطلاق بالرجال (وإذا تزوج
العبد امرأة وطلقها وقع
الطلاق ولا يقع طلاق
مولاه على امرأته لأن ملك
النكاح حق العبد) لكونه
من خواص الأدمية والعبد
مبقي فيها على أصل الحرية
فكان يجب أن يملك النكاح
بدون إذن مولاه لكن لو
فانسلبه تضرر المولى فيه

فتركناه لأجله

ولأن حل المحلثة نعمة في حقها والرق أثر في تنصيف النسم لأن العقد لا تجزأ فتكاملت عقدتان
وأويل ماروى أن الايقاع بالرجال (وإذا تزوج العبد امرأة) بأذن مولاه وطلقها (وقع طلاقه ولا يقع
طلاق مولاه على امرأته) لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط إليه دون المولى

حيث العدد فكذا ما قبل به تحقيقا للمقابلة فإنه حينئذ أنسب من أن يراد به الايقاع بالرجال ولأنه معلوم
من قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وفي موطن مالك أن نفي عما كانا كان لامرأة من زوج النبي صلى الله عليه
وسلم أو عبدا لها كان تحتها امرأة فطلقها تنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله
عليه وسلم أن يأتي عثمان فيسأله عن ذلك فلقية عند الدرج آخذا يزيد بن ثابت فسالهما فاستدراهما
جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان)
رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة ترفعه وهو الراجح الثابت بخلاف ما رواه وما
مهد من معنى المقابلة لأنه فرع صحة الحديث أو حسنه ولا وجد له حديث عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم بطريق يعرف وقال الحافظ أبو الفرج بن الجوزي موقوف على ابن عباس وقيل من كلام يزيد بن
ثابت وحديث الموطأ موقوف عليه وعلى عثمان وهو لا يرى تقليد الصحابي والالزام إنما يكون بعد
الاستدلال لأن حقيقة نقض مذهب الخصم بما لا يعتقده المألزم صحيحا ولا يكون نقض مذهب خصمه
فقط بوجوب صحة مذهب نفسه إلا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون إلا إذا كان ما نقض به مما
يعتقده صحيحا وهو منتف عند مذهب الصحابي فهو في مذهبه وفي معتقده غير منقوض فلم يثبت
لمذهبه دليل يقاوم ما روينا فإن قلت قد ضاعف أيضا ما روينا بأنه من رواية مظاهر ولم يعرف له سوى
هذا الحديث قلنا أولا تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيمار ويتم ونايا بأن ذلك
التضعيف ضعيف فإن ابن عدى أخرج له حديثا آخر عن المقبري عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه
وسلم أنه كان يقرأ عشرين آيات في كل ليلة من آخر آل عمران وكذا رواه الطبراني ثم مضى عنه عن أبي
عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وأبي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان
وأخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس قال ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره
أحد من متقدمي مشايخنا بحج فاذن أن لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا ومما يصح الحديث أيضا
عمل العلماء على وفقه وقال الترمذي عقيب روايته حديث غريب والممل عليه عند أهل العلم من
أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وقال مالك
شهر الحديث بالمدينة تغني عن صحة سندته انتهى والله أعلم (قوله ولأن حل المحلثة نعمة) تزيد بن يادته
ولذا اتسع حله صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله (والرق أثر في تنصيف النعمة) في الشرع كما عرف
(الأن العقد لا تجزأ فتكاملت عقدتان) يعنى يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوجها مرة ونصفا عقيب
طلاقه أياها لكن العقد لا تجزأ فكملت كالطلقة والحیضة في حقها ثم لو تم أمر ما رواه كان المراد به
ان قيام الطلاق بالرجال لأنه لو كان احتمالا للفظ مساويا للتأديع ماريه فكيف وهو المتبادر إلى الفهم
من ذلك اللفظ كما هو في قوله هم الملك بالرجال (قوله وإذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع
طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح يثبت للعبد) لأن ملكه من خصائص الأدمية وهو فيها
مبقي على أصل الحرية لأنه يحتاج في ابتداء ملكه إياه إلى إذن المولى لأنه لم يشرع بلا مال في حق الابتداء
والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا بقرينة بحيث تؤخذ هي فيه وفي ذلك ضرر بالمولى
فيستوقف على رضاه والتزامه إياه فإذا التزمه حتى ثبت له الملك كان له دفعه إلى غيره وفي سنن ابن
ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس رضي الله عنهما جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال

﴿باب إيقاع الطلاق﴾

(الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة ومطلقته فهذا يقع به الطلاق الرجعي) لأن هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحاً وإنه يعقب الرجعة

بارسول الله سيدى زوجتى أمته وهو يريد أن يفرق بينى وبينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ورواه الدارقطنى أيضاً من غيرها والله أعلم ﴿فرع﴾ الوكيل بالطلاق إذا لم يكن بمال لا ينزعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائناً أو رجعيّاً فلا وكيل أن يطلقها بعد ذلك مادامت في العدة وإذا انقضت عدتها ينزعزل حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما إذا كان الطلاق بائناً فإنه لو طلقها الوكيل وقع عليها والله أعلم بالصواب

﴿باب إيقاع الطلاق﴾

ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السنى والبدعى وأعطاه لبعض أحكام تلك الكليات وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات تلك الكليات فإن المورد فيه خصوص الالفاظ كأنك طالق ومطلقة وطلاق لا عطاء أحكامها هكذا أو مضافة إلى بعض المرأة وعطاء حكم الكلى وقصوره قبل الجزئى منزل منزلة تفصيل يعقب إجمالا فظهر أن المراد باب بيان أحكام ما به الإيقاع والوقوع لأنه أراد المعنى المصدرى الذى لا يتحقق له خارجاً (قوله فالصريح قوله أنت طالق الخ) ظاهره الجمل بفيضان لا صريح سوى ذلك وليس بمراد فسيذ كرمه التطبيق بالمصدر ولفظ الكثر كانت طالق ومطلقة ومطلقته أحسن لأشعار الكاف بعدم المحصر وعلى هذا لا يصح ضبط الصريح بأنه ما اجتمع فيه طلق بصيغة التفعيل لا الأفعال لأن يقال الوقوع بالمصدر لتأوله بطلاق (قوله فكان صريحاً) فإن ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازاً صريح فإن لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الالفاظ بقوله فكان صريحاً على الاستعمال في معنى الطلاق دون غيره إلا أن في قوله في تعديل عدم افتقارها إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لأن الموصوف بالغلبة هنا وما وصفه بعدم الاستعمال في غيره والغلبة في مفعولها الاستعمال في الغير قليلا للتعاقب بين الغلبة والاختصاص وزاد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما في القرآن للطلاق كثيراً فلما اعتبر تعارفاً ما في العرف العام في الطلاق لا استعمالهما شرعاً ما أراداهما (قوله وأنه يعقب الرجعة) ذكر للصريح حكيم كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه إلى نية) أما الأول فقيس بما إذا لم يعرض عارض تسمية مال أو ذكر وصف على ما سيأتى وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة إلى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن بعده عليه من ذلك فلا حاجة إلى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن بعده صريح طلاقه المفاد بقوله تعالى والمطلقات يتربصن فعلم أن الصريح يستعمل في الإجماع على أن المراد بالبعول في الآية المطلقات صريحاً حقيقة كان أو مجازاً غير متوقف على إثبات كون المطلق رجعيّاً

﴿باب إيقاع الطلاق﴾

لما فرغ من بيان أصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال (الطلاق) أى التطلق (على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة ومطلقته يقع بها طلاق رجعي) لتكون هذه الالفاظ صريحة والصرح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وهو يشير بتسميته بعده إلى أن الطلاق الرجعي لا يطل الزوجية ورد بأنه قال أحق بردهن والرد إنما يستعمل فيما زال عنه ملكه وأجيب بأن البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة وهي لا تترك الإبدل

﴿باب إيقاع الطلاق﴾

قال المصنف (ولا تستعمل في غيره) أقول أى غالباً بقرينة قوله لغلبة الاستعمال فيندفع الدافع بين كلاميه

فانه لم يثبت الملك فيها للشترى
ثم اذا فسخته يقال رد الجارية
وان لم يرزل عنها ملك البايع
(ولا يفتقر الى النية لانه
صرح فيه) والصرح
ما ظهر المراد به ظهورا بينا
بكثرة الاستعمال وهذا
كذلك والصرح يقوم
لفظه مقام معناه فلا
يفتقر الى النية وقوله
(وكذا اذا نوى الابانة)
معطوف على قوله وانه
يعقب الرجعة يعني ان
لم ينوشيا

قال المصنف (لغلبة
الاستعمال) أقول قال ابن
الهام لا يخفى عليك ان
الموصوف بالغلبة هنا هو
ما وصفه بعدم الاستعمال
في غيره والغلبة في
مفهومها الاستعمال في
الغير قليلا ففيه تدافع
للتقابل بين الغلبة
والاختصاص انتهى يجوز
أن يكون المراد فيما سبق
ولا يستعمل في غيره غالبا
بقريته كلامه الثاني كما
أشربنا اليه (قوله وأما لفظ
الرد فقد يستعمل فيما لم يرزل
ملكه) أقول وأيضا
يستعمل الرد في الوديعة
والعارية ولا زوال ملك
فيهما (قوله وقوله
وكذا اذا نوى الابانة)
معطوف على قوله وانه
يعقب الرجعة أقول

بالنص (ولا يفتقر الى النية) لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة

بعلا حقيقة فلا حاجة الى إثباته في ذلك وأما قولهم سماه بعد لا فعلم ان الطلاق الرجعي لا يبطل
الزوجة ثم اراد ان حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا لا يجازا وجعله حقيقة يتوقف على
التجوز بلفظ الرد وليس هو بأولى من قلبه ثم الجواب عنه يمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك
بل قد يقال أيضا بعد انعقاد سبب زواله معلقا بعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه
كقولنا رد البايع المبيع في البيع الذي فيه خيار شرط للبايع فان معناه رد المبيع عن أن يخرج عن
ملكه عند مضي المدة بفسخ السبب في الحال وذلك لانه لم يخرج عن ملكه كما يقال متعلقا به بعد تأثير
السبب كما في رد المشتري المبيع بالعيب يعني الى قديم الملك الزائل فانما يحتاج اليه لاثبات بحث آخر
على ان كونه في الاول حقيقة مما يمنع الخصم ويدل عليه أيضا قوله تعالى الطلاق مرتان فامسك
بمعروف أو تسريح باحسان فانه أعقبه الرجعة التي هي المراد بالامسك وهو الانسب بقول المصنف
وانه يعقب الرجعة بالنص وذلك لان الامسك استدامة القائم لاعادة الزائل فدل على ابقاء النكاح
بعد الرجعي وهو المطلوب الآخر وأما الثاني وهو كونه لا يفتقر الى النية فنقل فيه إجماع الفقهاء الا
داود فانه لا يمنع ان يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا هذا احتمال يعزب اخطاره عند خطاب المرأة
عن النفس فلا عبرة بقصد اللفظ بمنزلة المعنى وحديث ابن عمر حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله أنوى
ام لا يدل على ذلك فان ترك الاستفصال في وقائع الاحوال كالعموم في المقال ولا يخفى ان قرارا ارادة
الايقاع فائقة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة اطلاق قوله تعالى الطلاق
مرتان ونحوه على اعتبار عدم النية أبعد ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه اذا لم ينوشيا أصلا يقع لانه
يقع وان نوى شيئا آخر لما ذكر أنه اذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء وكذا عن العمل في رواية
كاسميد كرولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالماء بعنايه أو النسبة الى الغائبة كما يفيد
فروع هوانه لو كرر مسائل الطلاق بحضور زوجته ويقول أنت طالق ولا ينوي طلاقا لا نطقا وفي
متعلم يكتب نافلا من كتاب رجل قال ثم وقف وكتب امرأتي طالق وكلما كتب قرن الكتابة بالتلفظ
بقصد الحكاية لا يقع عليه ولو قال اقوم نعلت ذكر بالافارسية فقولوه معنى فقال رن من به طلاق
فقالوه لم يحكم عليهم بالحرمة وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيئا آخر كذا نقل من فتاوى المنصوري
وما في الخلاصة لولفت المرأة زوجت نفسى من فلان بالعربية ولم تعرف معناه بحضور الشهود
وهم يعلمون معناه أولا يعلمون صح النكاح كالطلاق وقيل لا كالبيع يقتضى عدم الخلاف في الوقوع
في مسألة الذكر وفيها في الجنس الاول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل وطلاق الرجل الذي
أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع وفي النسبي قال أبو حنيفة لا يجوز الغلط في الطلاق وهو ما اذا
أراد أن يقول اسبق فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعقار يدين وقال أبو يوسف لا يجوز الغلط فيهما وفي
الخلاصة أيضا قالت لزوجها أقرأ على اعتدى أنت طالق ثلاثا ففعل طلق ثلاثا في القضاء لا فيما ينه
وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم ينو وهذا يوافق ما في المنصوري ويخالف مقتضى ما ذكره أنفامن
مسئلة التلقين بالعربية والذي يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى وقوله فبين
سبق لسانه واقع أى في القضاء وقد بشر اليه قوله ولو كان بالعقار يدين بخلاف الهازل لانه مكابر باللفظ

فيكون في كلامه تسامح حيث جعله معطوفا على قوله وانه يعقب الرجعة مع انه معطوف على محذوف وهو قوله ان لم ينوشيا

وكذا اذا نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فامسالك معروف أو تسريح باحسان والامسالك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو تركها حتى تنقضي العدة وتحققه ان الله تعالى سمي الرجعة امساكا والامسالك ابقاء الشيء على ما كان فمادامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كما قالوا ولقائل أن يقول ان سلمنا دلالة على تعليق البينونة بالانقضاء جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة الى البائن كان أسلم وموضعه أصول الفقه وقوله (فيرد عليه) يعني (٤٦) قصده وتقرير الحاجة لانه قصد تقديم ما أخر الشرع الى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده كما في

قتل المورث وأصله بقرة بنى اسرائيل (ولو نوى الطلاق عن وثاق) بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة (لم يدين في القضاء) أى لم يصدق وحقيقته دبت الرجل تديننا وكلته الى دينه فاستعمل في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس عتعارف فيما عليه تخفف وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه في ذلك (ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله) اذا الطلاق من الاطلاق يستعمل في الابل أو الوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازا (ولو نوى به) أى بقوله طالق (الطلاق عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو) قيل أى المرأة بتأويل الشخص أو الذات وأما من شئ بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق

لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيدة بالعمل وعن أبي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص

فيستحق التغليظ وسيد كرفي أنت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح في الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج الى التنية لان المعنى لا يحتاج الى التنية يعني اللفظ بعد القصد الى اللفظ والحاصل أنه اذا قصد السبب عالما بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراد أو لم يرد إلا ان أراد ما يحتمله وأما أنه اذا لم يقصده ولم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فما ينبوعه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله بالغفوي أيمانكم وفسر بأمرين أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه فاصد السبب عالم بحكمه فالغافو غلطه في ظن المخاوف عليه والاخر أن يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله بل والله فرفع حكمه الذي نوى من الكفارة لعدم قصده اليه فهذا تشرع لعباده ان لا يرتبوا الاحكام على الاسباب التي لم تقصد وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العلم الخبير من حيث انه لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه وانما لا يصدق غير العلم وهو القاضي وفي الحاوي معزو الى الجامع الاصغر ان أسد اسئل عن أراد أن يقول زنب طالق جفري على لسانه عمرة على أيها يقع الطلاق فقال في القضاء نطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما أما التي سماها فلا تملكها وأما غيرهما فلا تملكها وطلقت بغير رد التنية فهذا صريح وأما ما روى عنهما نصير من أن من أراد أن يشكك جفري على لسانه الطلاق يقع ديانته وقضاء فلا يعول عليه (قوله وكذا اذا نوى الابانة) أى بالصريح يقع رجعه او تغلغينه (لانه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة) عند وجوده بقوله تعالى اذا طلقت النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف والاجماع على ذلك (فيرد عليه) لانه استعمل ما أخر الشرع كما دأب الوارث بالقتل لاستعماله فيه (قوله ولو نوى الطلاق) أى بقوله أنت طالق (عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر) الآن يكون مكرها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله (ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى) لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهو ليست مقيدة

لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل فان الطلاق ليس برفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية بالعمل وروى الحسن (عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل في التخلص) فكان معناه أنت مخلصه من العمل وهذا اذا لم يصرح بكراهة ما اذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولا لصدق ديانته رواية واحدة

(قوله جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة) أقول التقييد بعدم ارادة البينونة يقتضى دليلا (قوله وهو قيل أى المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشئ بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل الخ) أقول فعلى هذا قوله غير مقيد يكون على صيغة اسم الفاعل ثم أقول لكن الاولى من جهة المعنى هو ان يعود الى المرأة أى هي غير مقيدة بالعمل لاحسا وهو ظاهر انه ليس بقيد محسوس وأما من غير ذلك المرأة لا يجب عليه العمل

ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا قال

بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ وعن أبي حنيفة يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخلص فكأنه قال أنت متخلصة عن العمل ولو صرح فقال أنت طالق من هذا العمل صدق ديانته لا قضاء على الأول لأنه يظن أنه طلق ثم وصل لفظ العمل استدرا كباخلاف ما لو وصل لفظ الوفاق حيث يصدق قضاءه لأنه يستعمل فيه قليلا وكل ما لا يدب منه القاضي إذا سمعته منه المرأة أو شهد به عندها عدل لا يستعملها أن تدب منها لأنها كالقاضي لا تعرف منه إلا الظاهر (قوله ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا إلا بالنية لأنها) أي اللفظة مطلقة غير مستعملة في نفسها أي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفا بل في الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيه فيستوقف على النية (فروع) لو قال لها يا مطلقة بالتشديد أو يا طالق وقع ولو قال أردت الشتم لم يصدق لأن الشتم استحضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ إذا كان يمكنه إثباته بذلك اللفظ بخلاف قوله يا ابني لعبده ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانته باتفاق الروايات وقضاء في رواية أبي سليمان وهو حسن وينبغي على قياس ما في العتق ولو سماها طالقا ثم ناداه يا لا تطلق وقدرى وصكيع عن ابن أبي الجلي عن الحكم بن عيينة عن خبيثة ابن عبد الرحمن أن امرأة قالت لزوجها سمى فسمها الطيبة فقالت ما قلت شيئا فقال هات ما سميت به فقالت سمى خبيثة طالق قال فأنت خبيثة طالق فجاءت إلى عرق قالت له إن زوجي طلقني فجاء زوجها فقص القصص فأوجع عرق رأسها وقال له خذ بيدها وأوجع رأسها ولو قال طلقك أمس وهو كاذب كان طلاقا في القضاء ولو قال فلانة طالق ولم ينسبها أو نسبها إلى أبيها أو أمها أو أختها أو ولدها أو امرأته بذلك الاسم والنسب فقال غنيت أخرى أجنبية لا يصدق في القضاء بخلاف الإقرار فلان بن فلان إذا ادعى ذلك من اسمه ونسبه ذلك لا يلزمه الاعطاء ويخلف ماله عليه هذا المسال لا ما هو فلان بن فلان ولو قال هذه المرأة التي غنيت امرأتى وصدقه في ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق في إبطال الطلاق عن المعروفة الآن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن تكلم بالطلاق أو على إقرارهما به قبل ذلك أو تصدق المرأة المعروفة كذا في الكافي للحاكم ولو قال امرأتى فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق امرأته إلا بالنية وعلى هذا الوجه لدائسه فقال إن خرجت من البلدة قبل أن أفضيحك حقك فأمرأتى فلانة طالق واسم امرأته غيره لا تطلق إذا خرج قبله ولو قال لأحدى نسائه يا زينة فأجابت زوجه مرة فقال أنت طالق طلقك المجيبة ولو قال أردت زينة طلقها هذه بالاشارة وتلك بالإقرار هذا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فأما يقع على التي قصدها ذكره في البدائع ولو قال أنت زينة فقالت مرة نعم فقال إذن أنت طالق لا تطلق ولو قال عليك الطلاق أو لك اعتبر النية ولو قال قولي أنا طالق لا تطلق حتى تقولها ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح أحدهما فاسد فقال فلانة طالق وقال غنيت التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء وكذا لو قال أحدا كذا أو إحدى امرأتى طالق ويقع أيضا بالتهجي كانت طالق وكذا لو قيل له طلقها فقال نعم إذا نوى صرح بغير النية في البدائع ولا يقع بأطلقك إلا إذا غلب في الحال ولو قالت أنا طالق فقال نعم طلقك ولو قاله في جواب طلقني لا تطلق وإن نوى ولو قيل له أليس طلقها فقال بلى طلقك أو نعم لا تطلق والذي ينبغي عدم الفرق فإن أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منه ما يجب المنقى ولو قال خذى طلاقك فقالت أخذت اختلف في اشتراط النية وصح الوقوع بلا اشتراطها ويقع بطلقك الله أطلقها في النوازل مرة ثم أعادها وشرط النية وهو الحق وأما المحقق فهو خمسة ألفاظ تلاق وتلاخ وطلاخ وطلاك وتلاك ويقع به في القضاء ولا يصدق إلا إذا شهد على ذلك قبل التكلم بأن قال امرأتى تطلب

(ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا) وإذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج إلى النية

(ولا يقع به الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك) وقال الشافعي يقع مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذا كالعالم ذكر للعالم ولهذا يصح قران العديبه فيكون نصبا على التمييز

منى الطلاق وأنا لا أطلق فأقول هذا وصدق ديانه وكان ابن الفضل يفرق أولابين العالم والجاهل وهو قول الخواص ثم رجع الى هذا وعليه الفتوى ولو قال نساء أهل الدنيا والرى طواق وهو من أهل الرى لا تطلق امرأته الا ان نواها رواء هشام عن أبي يوسف وعليه الفتوى وعن محمد وابان ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعنده في الاصح وفي نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهى فيه تطلق ونساء أهل القرية منهم من ألحقها بالدار ومنهم من ألحقها بالمصر ولو قال طلاقك على لا يقع ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو بابت قيل تطلق رجعية نوى أو لا وقيل لا يقع وان نوى وقيل في قول أبي حنيفة يقع وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم وقيل بل في قول أبي يوسف يرجع في ذلك كله الى نيته وقيل يقع في واجب للتعاريف به وفي الثلاثة لا يقع وان نوى لعدم التعارف وفي الفتاوى الكبرى للخاصي المختار انه يقع في الكل لان الطلاق لا يكون واجبا أو بابت بل حكمه وحكمه لا يجب ولا يثبت الا بعد الوقوع وفرق بينه وبين العتاق وهذا بقيد ان نبوته اقتضاء ويتوقف على نيته الا ان يظهر فيه عرف فائس يصبر صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما بينه وبين الله تعالى ان قصده وقع والا فانه قد يقال هذا الامر على واجب بمعنى ينبغي ان أفعله لاني فعلته فكأنه قال ينبغي ان أطلقك وقد تعرف في عرفنا في الحلف الطلاق بلساني لا أفعل كذا يريد ان فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب أن يجزى عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت كذا فانك طالق وكذا تعارف أهل الارياق الحلف بقوله على الطلاق لا أفعل ولو قال طالق فاقف يقع قيل لانه ترخييم وهو غلط اذ الترخييم اختيار في النداء وفي غيره انما يقع اضطرارا في الشعر ولو قال أنت ثلاث وقعت ثلاث ان نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال لم أنو لا يصدق اذا كان في حال هذا كره الطلاق لانه لا يحتمل الرد والاصدق ومنه بالسارسية توبسه على ما هو المختار للفتوى خلافا للصغار ولو قال أنت أطلق من فلانة وفلان مطلقا أو غير مطلقه فان عني به الطلاق وقع والا فلا لانه نوى ما يحتمله لفظه والمعنى عند عدم كونها مطلقة لاجل فلانة لان أفضل التفضيل ليس صريحا وهذا بخلاف ما اذا قالت له مثلا فلان طلق زوجة فقال لها ذلك فانه يقع وان لم ينو وكذا لو قال أنت أزني من فلانة لا يجحد لانه ليس صريحا في القذف وعن محمد فبن قال لا امرأته كوني طالقا أو أطلق بفسح لان قوله كوني ليس أمرا حقيقيا لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن اثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس أمرا بل كناية عن التكوين وكونها طالقا يقتضى ايقاعا قبل فيضمن ايقاعا سابقا وكذا قوله أطلق ومنه قوله للامة كوني حرة (قوله ولا يقع به) أي بالصرح المقتيد بالالفاظ المتقدمة أنت طالق مطلقة طلقك لا تطلق (الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك) لا الصريح مطلقا لان المصدر به يقع الثلاث بالنية (وقال الشافعي يقع مانوى) وهو قول الامة الثلاثة وزفر وقول أبي حنيفة الاول ثم رجع عنه وجه قول الجمهور انه نوى محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر الطلاق لان الوصف كالفعل جزء مفهومة المصدر وهو محتمل اتفاقا (ولهذا) أي ولان ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير (صح قران العديبه تفسير احق ينصب على التمييز) وحاصل التمييز ليس الاتعين أحد محتملات اللفظ ويدل عليه حديث ركانة انه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امرأتى البتة قال صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال والله ما أردت الا واحدة فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه وأيضا اذا صح نية الثلاث بقوله أنت بائن

وقوله (ولا يقع به) من كلام القدوري متصل بقوله وهذا يقع به الطلاق أي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة (الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك) وقال الشافعي يقع مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لكونه نعتا وهو لا يفتق بدون المشتق منه (ولهذا) أي لكونه محتمل لفظه (يصح قران العديبه ويكون نصبا على التفسير) وكل ما هو محتمل اللفظ نصح نيته

قال المصنف (ويكون نصبا على التفسير) أقول أي نصبا على التمييز وفي التلويح في مجتأ الامر لانسم انه تفسير بل تغيير الى ما يحتمله مطلق اللفظ ولهذا قالوا اذا قرن بالصيغة ذكر العدد في الايقاع يكون الوقوع بلفظ العدد لا بالصيغة حتى لو قال لا امرأته طلقك ثلاثا أو واحدة وقدمت قبل ذكر العدد لم يقع شيء انتهى

(ولنا انه نعت فرد حتى قيل للثني طالقان والثلاث طوالتي وكل ما هو نعت فرد)

(٤٩)

(لا يحتمل العدد لانه ضده)

والضد لا يحتمل الضد وقوله (وذكر الطالق) جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر لطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاث وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطلق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري تنصف به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحها وكان ثابتاً ضرورة صحة الكلام مقتضى ولا عوم له وقوله (والعدد الذي يقرنه) جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد وهو واضح وقوله (واذا قال أنت الطالق) واضح

قال المصنف (ولنا انه نعت فرد) أقول فيه نظر لان قوله نعت فرد لا يناسب المقام لان الكلام في عدم صحة نية الطلقين بالطلاق لافي عدم صحة نية المرأتين به فتأمل كذا قال الزبلي والظاهر ان مراد المصنف سد باب قابلية نية الثلاث عن هذا اللفظ من جميع الجهات حتى يظهر لزوم مدعاه بالاولوية فليتأمل قال المصنف (معناه طلاقاً ثلاثاً) أقول وانتصابه

ولنا انه نعت فرد حتى قيل للثني طالقان والثلاث طوالتي فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطلق والعدد الذي يقرنه نعت المصدر محذوف معناه طلاقاً ثلاثاً كقولك أعطيتك جز بلا أي أعطاء جز بلا (واذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطالق أو أنت طالق) طلاقاً فان لم تكن له نية أو نوى واحدة أو اثنين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثاً فثلاث

وهو كتابة في الصريح الاقوى أولى (قوله ولنا انه نعت فرد) قيل غير مستقيم لان الكلام ليس في المرأة الموصوفة انها محتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للثني طالقان والثلاث طوالتي بل في المعنى المصدري الذي تضمنه ووحده لا تنع احتمال العدد بجنسيتها ونحوه بالقرير بأن أنت طالق اذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بانطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصده متوقف على التطلق والتيقن ان الشارع اعتبره مطلقاً عند هذا الكلام فاما أن يكون أثبتة اقتضاء تصحيح الاخبار فلا يتجاوز الواحد اذ الضرورة تدفع به او المقتضى لا عوم له لذلك أو نقله من الاخبار الى الانشاء وهو خلاف الاصل لا بصار اليه الا بموجب نقل وهو منتف لان جعله موقفاً لا يستلزم نقله لان بآبانه اقتضاء يحصل المقصود ويعترض بالقطع بخلاف لازم الاخبار اذ لا يفهم من أنت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل وبه يدفع ما قيل انه اخبار من وجه انشاء من وجه بل هو انشاء من كل وجه لما قلنا ويمكن أن يقال بعد التسليم المعلوم من الشرع جعله موقفاً واحدة فعلم انه انما نقله الى انشاء يقع الواحد فحله موقفاً بما شاء استعمال في غير المنقول اليه الآن ينقل ان الشارع ذكراه لاهو اعم وليس فلا يراد به وملاحظة ما يصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم انما تنفر عن ارادة الاستعمال اللغوي ونقله الى الانشاء بآبانه لانه يجعل اللفظ علماً لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لقتضاء لغة على ان المصدر الذي يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدا اصل بل يختلف بالكيفية وبين ما يعقبه الرجعة شرعاً وما لا في الكمية وحينئذ يتفق كلامهم هنا وفي البيع حيث جعل المصنف نعت انشاء حيث قال لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعاً دفع الحاجة وبهذا يظهر عدم صحة ارادة الثلاث في مطلقة ومطلقاً لانه صار انشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثاً لا يكون صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره أي طلاقاً أي تطلقاً ثلاثاً كما ينصب في الفعل مصدر غيره مثل أنبتكم من الارض نباتاً أو يضمره فعل على الخلاف فيه بخلاف تطلقها وطلقي نفسك لان المصدر المحتمل لكل مذكور لغة فصحة ارادته منه لانه لا نقل فيه الى افعال واحدة وهذا ونقض بطالق طلاقاً فانه يصح ارادة الثلاث مع ان المنتصب هو مصدر طالق ويدفع بأن طلاقاً المصدر قد يراد به التطلق كالسلام بمعنى التسليم والبلغ بمعنى التبليغ فصحة أن يراد به الثلاث على ارادة التطلق به معمول للفعل محذوف تقديره طالق لاني طلقته تطلقاً ثلاثاً بقي انه يراد ارادة الثلاث بانث الطلاق وهو صفة المرأة والجواب انه اذا نوى الثلاث كان المعنى أنت وقع عليك التطلق فيصح نية الثلاث ونقض بأنه لم لا يجوز في طالق عند ارادة الثلاث أن يراد ذات وقع عليك التطلق وجاز في المصدر وقد يدفع بأنه لو أريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفعل اسم المفعول وهو منتف فان قلت ظاهر ما ذكرته انه لو صح أن يراد اسم المفعول صحمت ارادة الثلاث والفرض ان مرجع اسم المفعول كانت مطلقة لا يقبل نية الثلاث فكيف بما يراد به فالجواب ان الذي لا يقبله هو اسم المفعول المنقول للانشاء على ما استرنا للجواب به والذي يراد بطالق ليس للانشاء فتأمل ويدل على انه لا يراد بطالق الثلاث حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق الا بالثلاث ولو كان مما نصح ارادة الثلاث منه لاستفسره يدل على الملازمة حديث ركانة بن عبيد بن زيد في سنن

(٧ - فتح القدير ثالث)

بفعل محذوف وتقدير الكلام أنت طالق لاني طلقته ثلاثاً

ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكر المصدر معه وانه يزيد وكادة أولى وأما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر قد يذ كر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أى عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق وعلى هذا القول أنت طلاق يقع به الطلاق أيضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لفرهوه يقول ان الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية أما الثنتان في حق الحرمة فعدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحيد يراعى في ألفاظ الوجدان وذلك بالفردية أو الجنسية والمنشئ بعزل منها

أبى داود انه طلق امرأته سهيمة البتة فقال صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال والله ما أردت الا واحدة الحديث فظهر انه لا يصح حكمه انما يحتمل حتى يستفسر عنه ونبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكتابات عوامل بحقائقها لانها يراد بها الطلاق والا كان غير محتمل فلم يسأله كالم يسأل ابن عمر ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فسأله وانما احتملت حقائقها أعنى معنى البيذونية التي تفيد البتة كلاما من نوعها الغليظة المرتبة على الثلاث والخفيفة المرتبة على مادونها فصح أن يراد كل من النوعين غير انه اذا لم يكن له نية ثبت الاخف لتسقين (قوله ووقوع الطلاق باللفظة الثانية) يعنى طالق الطلاق وبالثالثة وهى طالق طلاقا وما فى الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلاث بطالق طلاقا يمكن الا بالمصدر وبلغ وطالق فى حق الايقاع كما اذا ذكر معه العدد فان الواقع هو العدد والايشكل فانه حينئذ يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان وهو باطل فى الحرمة لما عرف وهذا بقوى الروى عن أبى حنيفة انه لا يقع به الا واحدة وان نوى الثلاث ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية وان لم يذ كر الا فى المنكر (قوله وأما وقوعه باللفظة الاولى) وهى الطلاق (فلان المصدر يذ كر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أى عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق) ويرد انه اذا أريد به طالق يلزم أن لا تصح فيه نية الثلاث وسنذكر جوابه (قوله ولا يحتاج فيه الى النية) أى فى أنت الطلاق الى نية لانه صريح فى غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية ان التطبيق بالمصدر بالكنية لانه لم يغلب استعماله فيه وقول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لان الذى غلب استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيث استعمل كان ارادة طالق به وهو الغالب فيكون صريحا فى طالق الصريح فيثبت له حكم طالق لا يقال فيه يلزم فى سائر الكتابات انها صرائح لا تاتى منها استعمال فى الطلاق بل فى معانيها الحقيقية على ما سيتحقق ولذا أوقفنا بها البائن فان قيل فكيف تقع الثلاث وقد أريد به طالق قلنا لانه كما قلنا صريح فى طالق ويحتمل أن يراد على حذف مضاف أى ذات طلاق وعلى هذا التقدير تصح ارادة الثلاث ولما كان محتملا توقف على النية وهذا أوضح اوجه ان شاء الله تعالى مما قبله انه وان أريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح ارادة الثلاث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لاذاته التى هى هو ماضعوط فاذا فرض ان معناه الذى أريد به ليس الاما لا تصلح ارادته منه فكيف يراد به ذلك الذى لا يصح ويمكن أن يراد به انها عين الطلاق ادعاها وتصح معها أيضا ارادة الثلاث وعليه قول الخنساء * فانما هى اقبال وادبار * يعنى الناقة لا على ان المراد مة قبله ومدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا تصح خلافا لفرهوه والشافعية الا أن تكون المرأة أمة لهما ان المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث قلنا نية الثلاث لم تصح باعتبار انها كثره بل باعتبار انها مفردة من حيث انه علم جنس واحد بخلاف الثنتين فى الحرمة لانه عدد محض وألفاظ الوجدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى

وقوله (فصار بمنزلة قوله أنت طالق) اعترض عليه بان قوله أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلاث كالم تصح فى أنت طالق وأجيب بأن نية الثلاث انما لا تصح فى طالق لانه نعت مفرد كما تقدم وأما الطلاق فهو مصدر فى أصله وان وصف به فلم يجز فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث وبقيته كلامه واضح

(ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق)

فيها التوحيد وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بعزل عنها وقد ذكر الطحاوي أنه لا يقع بالمصدر المجرى عن اللام الواحدة وأما المحلى فيقع به الثلاث قال الحصص هذه التفرقة لا يعرف لها وجه إلا على الرواية التي رويت عن أبي حنيفة في أنت طالق طلاقان تكون واحدة وإن نوى ثلاثا لأن المصدر ذكر للتأكيده ونفي الجاز لا لالاياع أما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق وفي المغني لابن هشام نقلا عن بعض النوارح أن الرشيد كتب إلى أبي يوسف ما قول القاضي الإمام فبين قال لا أمر أنه

فإن ترفقي ياهند فالرفق أيعن * وإن تخرقى ياهند فالخرق أشام

فأنت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال أبو يوسف هذه مسئلة تخويه فقهية لا أمن الغلط فيها فأتى الكسائي فسأله فأجاب عنها بما سئله وهو بعد كونه غلطاً بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد فان من شرطه معرفة العربية وأساليبها لان الاجتهاد يقع في الأدلة السمعية العربية والذي نقله أهل الثبوت من هذه المسئلة عن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا وان المرسل بها الكسائي إلى محمد بن الحسن ولا دخل لابي يوسف أصلاً ولا الرشيد ولقام أبي يوسف أجل من أن يحتاج في مثل هذا التركيب مع امامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الالفاظ في المبسوط ذكر ابن سماعة ان الكسائي بعث إلى محمد بن فتوى فدفعها إلى فقرائها عليه فقال ما قول قاضي القضاة الإمام فبين قال لا أمر أنه

فإن ترفقي ياهند فالرفق أيعن * وإن تخرقى ياهند فالخرق أشام

فأنت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فما يقع عليه فكاتب في جوابه ان قال ثلاث مر فوعا يقع واحدة وان قال ثلاثا منصوباً يقع ثلاث لانه اذا ذكره مر فوعا كان ابتدأ محال فيسبق قوله أنت طلاق فيقع واحدة واذا قال ثلاثا منصوباً على معنى البدل أو التفسير فيقع به ثلاث كأنه قال أنت طالق ثلاثا والطلاق عزيمة لان الثلاث بنفسها لمواقع فاستحسن الكسائي جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور الصواب ان كلام من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة أما الرفع فلان في الطلاق إما مجاز الجنس نحو زيد الرجل أي المعتبر به وأما العهد الذي كرى أي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقي لشلا يلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمة ثلاث فعلى العهدة يقع الثلاث وعلى الجنسية واحدة وأما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث اذا المعنى حينئذ فانت طالق ثلاثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالاً من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلاث لان المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا فاعلم ما يقع ما فواء هذا ما يقتضيه اللفظ وأما الذي أراد الشاعر فالثلاث لانه قال بعده

فبين بها ان كنت غير رفيقة * وما لأمري بهذا الثلاث مقدم

انتهى ونخرق فيضم الراء مضارع خرق بكسرهما والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرق ولا يخفى ان الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في ارادة ان الطلاق عزيمة ان كان ثلاثا وأما الرفع فلا متناع الجنس الحقيقي كما ذكر بيق أن يراد مجاز الجنس فيقع واحدة أو العهد الذي كرى وهو أظهر الاحتمالين فيقع الثلاث ولهذا ظهر من الشاعر أنه أراد كما أفاده البيت الاخير فجواب محمد بنه على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من جعل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات إلى الاحتمال (قوله ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق) تقدم أنه اذا أراد

وقوله (ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى) فان لم تكن مسطوية لثلاثي وان كانت مسطوية (يصدق) ويقع طلقان زوجتان

قوله ومضارع خرق بكسرهما كذا في النسخ والذي في كتب اللغة ان المضارع المضموم لماضي المضموم كتبه معصية

(لان كل واحد منهما صالح للايقاع) بتقدير المبتدأ في الثاني كقولك أنت طالق وطالق (ولو أضاف الطلاق إلى جملتها) مثل قوله أنت طالق لان التاء (٥٣) ضمير المرأة وذکر هذا وان كان قد علم بما قبله تعهد الذکر ما بعده (أو إلى

ما يعبر به عن الجملة مثل قولك رقبتيك طالق) قال الله تعالى فخر بر رقبة ولم ترد الرقبة بعينها وكذلك العنق قال الله تعالى فظلت أعناقهم لها خاضعين ولم يرد الأعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح

قوله لان كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدأ في الثاني) أقول في هذا كان الليم للمصنف أن يقول فكأنه قال أنت طالق أنت الطلاق ثم أقول فان قيل كيف يصح تقدير المبتدأ في الثاني وهو منصوب لانه قد لا يلتفت إلى الاعراب خصوصاً في العامي قال المصنف (أو إلى ما يعبر به عن الجملة) أقول يعني إلى الجزء الذي يعبر به عن جملة الانسان من حيث هو انسان فلا يرد اليد والعين لان التعبير فيهما من حيث انه تاجر وجاسوس فليتامل والتفصيل في مباحث البيان في المطول قبيل الاستعارة (قال المصنف ويقال فلان رأس القوم وبأوجهه العرب) أقول والكلام وان كان على التشبيه الا انه يعلم منه جواز استعارة

لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعتان اذا كانت مدخولاً بها (واذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق) لانه أضيف إلى محله وذلك (مثل أن يقول أنت طالق) لان التاء ضمير المرأة (أو يقول) رقبتيك طالق أو عنقك طالق أو رأسك طالق (أو روجك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) لانه يعبر بها عن جميع البدن أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فخر بر رقبة وقال فظلت أعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم وبأوجه العرب وهلاك روجه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر

بطالق طلاقاً والطلاق تثنى لا يصح فأفاده هنا أنه لو أرادهما بالتوزيع صح ووجهه بقوله (لان كلا منهما صالح للايقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعتان اذا كانت مدخولاً بها) وهذا منقول عن أبي يوسف والفقهاء أبي جعفر ومنعه غير الاسلام لان طالقاً ت وطلاقاً مصدره فلا يقع الا واحدة وكذا في أنت طالق الطلاق ويؤيده ان طلاقاً منصوب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ لتعدد وجهه الارادة به الا باهتزاز ومحنة الاعراب في الايقاع من العالم والجاهل وظهور ان الاولى في التشبيه ان يقال فصار كقوله أنت طالق طلاقاً لا طالقاً وطلاقاً وان صح الاخر من جهة المعنى (قوله وان أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع) ومثل المضاف إلى الجملة بقوله أنت طالق والمضاف إلى ما يعبر به عن الجملة رقبتيك طالق ولا يخفى أن الاضافة فيهما معاً إلى ما يعبر به عن الجملة من لفظ أنت ورجبتك الخ والتحقق ان ما يعبر به عن الجملة اما بالوضع أو بالتجوز وقوله لان التاء ضمير المرأة هو أحد الأقوال في أنت انه برمه ضمير أو التاء وان عمداً وان والواحد حق حروف تدل على خصوص المراد (قوله أو يقول رقبتيك طالق أو عنقك أو روجك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) هذه أمثلة ما يعبر به عن كل الانسان وذکر استعارة التام فيهما وأما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج فغريب جدا وأبعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج أن يركبن السروج وضعفه وأين لفظ ذوات الفروج من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة طلاقاً للبعض على الكل (قوله رأس القوم) أي أكبرهم (وبأوجه العرب) يعني بأوجههم وبه يندفع ما أوردنا الاستدلال به فاسد لان معناه ان القوم كالجسد وفلان الرأس منه لان فلاناً يعبر به عن القوم كاهم وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب انك في العرب بمنزلة الوجه لانه يعبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا أيها العرب اه ومبني كلامه على ان التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض ونال بعضهم تأمل بعض فأنبت له الوجه ولا يخفى انه ليس بالازم لجواز كونه مجازاً استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الاعضاء لكونه مجمع الخواص وبالوجه اظهر رده وشهرته فأطلق عليه رأس القوم ووجههم أي أشرفهم وقوله تعالى كل شيء هالك الا وجهه ويبقى وجه ربك أي ذاته الكريمة وأعتق رأساً ورأسين من الرقيق أو أتاخيراً مادام رأسك سالماً يقال مراد به الذات أيضاً (قوله ومن هذا القبيل الدم) يعني في رواية طالق ويراد به الكل وهي رواية كتاب الكفالة قال لو كفل بدمه يصح ورواية كتاب العنق لا تصح فانه

الرأس لفلان وكذا الوجه بترك التشبيه لانه لا يدل هذا على جواز ارادة الشخص نفسه من الرأس المضاف إلى ضمير قال الخطاب كما في سيد القوم وسيدك والظاهر أن يستدل بقولهم أمرى حسن مادام رأسك سالماً وقولهم في الدعاء يعيش رأسك وقوله تعالى ويبقى وجه ربك

ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالأصبع والشعر والسن والظفر لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلاً لحكم النكاح وما كان محلاً لحكم النكاح كان محلاً للطلاق لأنه رافقه فيكون حالاً محله فإذا أضيف إليه الطلاق ثبت الحكم فيه توفية لحق الإضافة ثم يسرى إلى الكل كما في الجزء الشائع فإن قيل لو كان الجزء المعين محلاً لحكم النكاح لانتفاء النكاح إذا أضيف إليه ثم يسرى إلى الكل أجاب بقوله بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن السراية بمنتهى إذا حرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السراية (وفي الطلاق الأمر على القلب) يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الأجزاء وقوله (٥٣) ولأنه أضاف الطلاق إلى غير محله

ظاهر وتوضيحه أن اليد والرجل ونحوهما أطراف وهي اتباع للاحالة فإذا ورد عليها ما دخل الاتباع كافي شراء تلك الرقبة فيكون ذكر الأصل ذكر التبع وأما ذكر التبع فلا يكون ذكر الأصل فإن قيل سلماً ذلك لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترتده أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا أن الزوج إذا قال أردت أضرار صاحبها طلفت وإنما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الأئمة الحلواني إذا قال لها رأسك طالق وعني اقتصار الطلاق على الرأس لا يبعد أن نقول بأنها لا تطلق ولو قال يدك طالق وأراد به العبارة عن

(و) كذلك أن يطلق جزءاً شائعاً مثل أن يقول نصفك أو ثلثك طالق لأن الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذلك يكون محلاً للطلاق إلا أنه لا يجوز أن يفتى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة (ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق) وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلاً لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق فيثبت الحكم فيه أضيفه للإضافة ثم يسرى إلى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدي يمنع إذا حرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على القلب ولأنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى رقبته أو ظفرها وهذا لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه يني عن رفع القيد ولا يقيد اليد ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليه بخلاف الجزء الشائع لأنه محل للنكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه فكذلك يكون محلاً للطلاق

قال إذا قال دمك حر لا يعتق وفي الخلاصة صح عدم الوقوع (قوله) وكذلك أن يطلق جزءاً شائعاً يعني يقع عليها كتصفها ووربعها وسدسها لأن الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالأجارة (قوله) ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق وهذا يقابل معنى الأول أي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فإنه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ومنه الأصبع والدبر لا يقع الطلاق بإضافته إليه خلافاً لزفر والشافعي ومالك وأحمد ولا خلاف أن بالإضافة إلى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع والعناق والظهار والإبلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف فلو ظاهر أو ألى أو أعتق أصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم وكذا العفو عن القصاص وما كان من أسباب الحل كالنكاح لا تصح إضافته إلى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بخلاف (قوله) أحدهما) حاصلة قياس من كسب نتيجة الأول أنه أي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فجعل صغرى ويضم إليها ما كان محلاً لحكم النكاح يكون محلاً للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقاسم الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق كالجزء الشائع وهذا على قول طائفة من الشافعية فإنهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالإضافة إلى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسرى كافي العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق وقيل يجمع على الجزء معبراً به عن الكل فيقع باللفظ قالوا ونظيره الخلاف فيما لو قال ان دخلت الدار فمينك طالق فقطعت ثم دخلت ان قلنا بالسراية لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع (قوله) ولنا الخ) حاصلة منع محليته للطلاق بمنع عليه كونه محلاً للحل

جميع البدن لا يبعد أن نقول بأنها تطلق

(قوله) كالأصبع والشعر والظفر أقول فعلى هذا يكون قول المصنف وظفره أريد المختلف إلى المختلف (قوله) أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا أن الزوج إذا قال أردت أضرار صاحبها طلفت أقول يمكن أن يدعى مثل ذلك في لعن الله الفروج كما جاء مصرحاً به في بعض الروايات وكذا في قوله تعالى فخرير رقبة وغيره وقيل تأنيث الفعل يأتي عن تقدير المضاف ولا يخفى عليك أن التأنيث بناء على اكتسابه إياه من المضاف إليه والشرط موجود لأن الأخذ بسند إلى اليد أيضاً (قوله) وإنما الكلام من حيث الحقيقة أقول يعني بدون الأضمار

واختلفوا في الظهر والبطن والاطهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن (وان طلقها نصف
تطبيقاً أو ثلثها كانت) طالقاً (تطبيقاً واحدة) لان الطلاق لا يتجزأ وذكّر بعض ما لا يتجزأ
كذلك الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا

واذا قال ظهره طالق أو
بطنك طالق اختلف المشايخ
فيه فقال بعضهم يقع
الطلاق لان الظهر والبطن
في معنى الاصل اذ لا يتصور
النكاح بدونهما بخلاف
اليد والرجل قال المصنف
(والاطهر انه لا يصح) أي
الابقاع بكل واحد منهما
لانه لا يعبر بهما عن جميع
البدن ولهذا لو قال ظهره
أو بطنك على كظهر أي
لا يكون مظاهراً (وان طلقها
نصف تطبيقاً أو ثلثها
طلقت تطبيقاً واحدة)
لان ذكّر بعض ما لا يتجزأ
وهو الطلاق اذ نصف
التطبيق أو ثلثه غير
مشروع وذكّر بعض
ما لا يتجزأ كذا كر الكل
كما شفع عن بعض القصاص
صيانة للكلام عن الالغاء
وتغليباً للمحرم على المبيع
واعمالاً للدليل بقدر
الامكان لانه اذا أقام الدليل
على البعض وهو مما
لا يتجزأ وجب اكمله والالزام
ابطال الدليل (وكذا
الجواب في كل جزء سماه)
والنصف كالربع والثلث
والسدس وغيرها (لما بينا)
انه لا يتجزأ

لكونه محلاً للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيده هو منعها من الفعل مع الغير وأمرها به معه
أي تسليها بنفسها وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أو لا ثم ثبت الحل تبعاً له حكم هذا الحكم
والطلاق ينشأ عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك ويرتفع الحل تبعاً لرفع القيد كما ثبت تبعاً لثبوت
وهذا القيد المعنوي ليس في البدن ولا في غيرهما من أجزاء الهوى لان المنع خطاب ولا يتعلق بالأجزاء
الخارجية بل يسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن له اليد وحل الاستمتاع بالأجزاء
المعنوية تبعاً في ذلك بخلاف الجزء الشائع اذ لا وجود للشيء بدون فمكان محلاً للنكاح فكذلك الطلاق
ووقوعه بالاضافة الى الرأس باعتبار كونه معبراً به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصر اذ لا نقول
لو قال الزوج غيبك الرأس مقتصراً قال الحلواني لا يبعد أن يقال لا يقع لكن ينبغي أن يكون ذلك
فيما بينه وبين الله تعالى اما في القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفاً مشتهراً لا يصدق ولو قال
غيبك بالبدن صاحبها كما أراد عز قائله في قوله عز قائله بما قدمت يدك أي قدمت وعنه صلى الله
عليه وسلم في قوله على البدن ما أخذت حتى ترد وتعارف قوم التعبير بهما عن الكل وقع بالاضافة اليها لان
الطلاق مبني على العرف ولذا وطلق النبطي بالفارسية يقع ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع
ولا مناقشة في هذا انما الخلاف في ان ما عكك تبعاً له يكون محلاً لاضافة الطلاق اليه على حقيقته دون
صيرورته عبارة عن الكل فاما على مجاز في الكل لا اشكال انه يقع اذا كان أو رجلاً بعد كونه مستقماً
لغة أولفة قوم (قوله واختلفوا في الظهر والبطن والاطهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن كل البدن)
وكذا لو قال ظهره على أو بطنك على كظهر أي لا يكون مظاهراً وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة
الا عن ظهر غنى الظهر مقع فيه أمالو كان فيه ما عرف في ارادة الكل بهما ينبغي أن يقع ولذا لا يقع
بالاضافة الى البضع وما في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع قال شمس الأئمة الحلواني تصحيف انما
هو بضعك أو نصفك وفي الخلاصة استك طالق كفر جرك طالق بخلاف الدبر قال شارح عندى فيه
نظر لان الاست بمعنى الدبر وليس بذلك لان البضع بمعنى الفرج أيضاً يقع في الفرج دون البضع لجواز
تعارف أحدهما في الكل دون الآخر والاوجه ان محل النظر كونه كفر جرك طالق لما ذكرنا ان المدار
تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك وهذا لان حقيقة
الامر أن يقال يقع بالاضافة الى اسم جزء يعبر به عن الكل فان نفس الجزء لا يتصور التعبير به هذا وقد
يقال على المصنف ان كان المعبر في كون القيد يعبر به عن الكل شهرته فيجب ان لا يقع بالاضافة الى
الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان فيجب أن لا يذكر الخلاف في البدن لما ثبت من
استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه وأيضاً ظاهر الكلام ان المضاف الى الجزء الشائع
والعبر به عن الكل صريح اذ لم يشترط في الوقوع به النسبة والصرحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء
الطلاق كذلك (قوله وان طلقها نصف تطبيقاً أو ثلثها كانت تطبيقاً) وكذا الجواب
في كل جزء سماه كالثمن أو قال جزء من ألف جزء من تطبيقاً وقال نفاء القياس لا يقع به لان بعض
الشيء غيره والمشروع الطلاق لا غيره ولا يخفى ان المراد بغيره ما ليس اياه والا فالبعث عند المتكلمين
ليس نفساً ولا غيراً والجواب ان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل وتصرفه ما أمكن ولذا اعتبر العفو
عن بعض القصاص عفواً عنه فلما لم يكن للذكور جزء كان كذا كر كله تصحيفاً كالعفو

(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لأن نصف تطليقتين تطليقة) فتلاثة أنصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير قال غير الاسلام انما أورد يعني محمدا هذه المسئلة لاشكال وهو ان كل عدد نصفته لا يكون الا نصفين فالقول بالثلاثة في ذلك محبان يلغو والجواب انه أراد بهذه التسمية الطلاق يعني أراد ثلاث طلقات واستعمل في ذلك ثلاثة أنصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فتلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات ومن الناس من قال لا يقع شيء لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول يقع واحدة لان ذكر العدد كان لغوا فبقي قوله أنت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما أراد (٥٥) أو مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ

لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزاء واردة الكل وطوبى بالفرق بين ما اذا قال لها أنت طالق ثلاثة ارباع تطليقتين لم تطلق الاثنتين ولم تقل وقد أوقع ثلاث مرات ربيع تطليقتين وربيع التطليقتين نصف تطليقة ومن أوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا وأجب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح بين فان الأجزاء التي أوقعها هناك وهي ثلاثة ارباع موجودة في التطليقتين لان ربيع تطليقتين نصف تطليقة فتلاثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف

(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا) لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة (ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قبل يقع تطليقتان لانهم اطلقه ونصف فيشكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يشكامل في نفسه فتصير ثلاثا

(قوله) ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة أنصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة) وقيل ينبغي أن لا تقع الثالثة لان في ايقاعها شك لان ثلاثة أنصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها مطلقة ونصفا لان الطلقتين اذا انتصفتا صارتا اربعة أنصاف فتلاثة منها مطلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفنا طلقتين ونصفنا كلاما من طلقتين والثاني هو الموجب الاربعة الانصاف وهو احتمال في ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت في النية لافي القضاء لان الظاهر هو ان نصف التطليقتين تطليقة لانصافا تطليقتين (قوله) ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قبل يقع تطليقتان لانهم اطلقه ونصف فيشكامل وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطقي والعتابي وعرف منه انه لو قال نصي تطليقة يقع واحدة (وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يشكامل في نفسه فتصير ثلاثا) والثلاث كالجاء اختصارا للتعاطفات فكأنه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ولو قيل ان المعنى نصف تطليقة ونصفها الاخر ومثله بالضرورة اذ ليس للشيء الانصافان فيقع ثنتان انجبه لان نصفها ونصفها أجزاء مطلقة واحدة كقوله نصف طليقة وسدسها وثلثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طليقة وثلث طليقة وسدس طليقة حيث يقع ثلاث لان النكرة اذا أعيدت نكرة فالثانية غير الاولى فأوقع من كل تطليقة جزءا ولو زاد أجزاء الواحدة مثل نصف طليقة وثلثها واربعا وقعت ثنتان الزوم كون الجزء الاخير من أخرى وعلى هذا لو قيل يقع ثلاث اذا قال نصف طليقة وثلثها وسبعة أعانهم لم يعد الا ان الاصح في اتحاد المرجع وان زادت أجزاء واحدة ان تقع واحدة لانه أضاف الأجزاء الى واحدة نص عليه في المبسوط والاول هو المختار عند جماعة من المشايخ ولو قال لاربعة نسوة له ينسكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا اذا قال ينسكن تطليقتان أو ثلاث أو اربع اذا نوى ان كل تطليقة بينهما جميعا يقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ولو قال ينسكن خمس تطليقات ولانية له طلقت كل تطليقتين

فيقع تطليقتان فلا وجه الى صرف الكلام عن ظاهره وههنا الأجزاء التي أوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلاثة أنصاف فلا حاجة لتصحیح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا (ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قبل يقع طلقتان) وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطقي والاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان ثلاثة أنصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة نصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلاثة لان كل نصف يكون طليقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزئة فتصير ثلاثة أنصاف تطليقة ثلاث طلقات لا محالة

(قوله) وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة رحمه الله (أقول فينبغي أن تكون المسئلة خلافية) (قوله لانه من باب ذكر الجزاء واردة الكل الخ) أقول فيه انه لا يعمل كون ثلاثة أنصاف جزءا لشيء الا أن يتكفى بجزئية النصف

قال (ولو قال أنت طالق من واحدة (٥٦) الى اثنين) اذا طلقها مشتملا كلامه على الغائبين فاما ان تدخل الغائبان وهو

قولهما أولا تدخلا وهو قول زفر أو يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول أبي حنيفة والقسم الرابع وهو أن يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به أحد وجه قول زفر أن غاية الشيء لا تدخل فيه واللام يكن غاية كما في المحسوسات كقوله بعث منك من هذا الخائض الى هذا الخائض وهو قياس محض وروى أن أبا حنيفة حجه حيث قال له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له أذن أنت ابن تسع سنين فخير وروى غير الاسلام ان الاصمعي هو الذي حجه على باب الرشيد قال له ما تقول فحين قال لامرأته أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين فقال له ما تقول في رجل قبل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين يكون ابن تسع سنين فخير زفر واستحسن في مثل هذا ويلزم على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع شيء وقيل يقع واحدة لانه لما جعل الشيء الواحد حدا ومحدودا لغا آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي أنت طالق

(قوله لغا آخر كلامه) أقول يعني قوله من واحدة الى واحدة

(ولو قال أنت طالق من واحدة الى اثنين أو ما بين واحدة الى اثنين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا عند أبي حنيفة وقال في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلاث) وقال زفر في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعث منك من هذا الخائض الى هذا الخائض

وكذا ما زاد الى ثمان فان زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل ثلاثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال أشركتكن في ثلاث تطبيقات فلفظ بين ولفظ الامتراك سواء بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثلاثه أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليهما تطبيقان لانه شركهما في كل تطبيقه وفي آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال فلانة طالق ثلاثا ثم قال أشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الاخرى ثلاث بخلاف ما تقدم لان هنالك لم يسبق وقوع شيء فيقسم الثلاث بينهما نصفين فسمه واحدة وهذا قد أوقع الثلاث على الاولى فلا يمكنه أن يرفع شيئا عما أوقع عليها بأشراك الثانية وانما يمكنه أن يسوي الثانية به ابايقاع الثلاث عليها ولانه وقع الثلاث على الاولى فكلامه في حق الثانية أشراك في كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطبيقات وهو يوجب ان كل تطبيقه بينهما وقد ورد استفتاء فحين قال لزوجه أنت طالق ثلاثا لو قال لاخرى أشركتك فيما أوقعت عليهما لثلاثه أشركتك فيما أوقعت عليهما وبعد ان كتبنا تطلق الثلاث ثلاثا لا نقول ان وقوعهن على الثالثة باعتبار انهما أشركهما في ست وفي المبسوط أيضا لو قال لامرأتين أنهما طلقتان ثلاثا ما ينوي ان الثلاث بينهما فهو مدبر فيما بينه وبين الله تعالى في قطع كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه ولكنه خلاف الظاهر فلا بد من في القضاء فتطلق كل ثلاثا وكذا لو قال لاربعة أنتن طواقي ثلاثا ما ينوي ان الثلاث بينهما فهو مدبر فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلاثا (قوله أنت طالق من واحدة الى اثنين أو ما بين واحدة الى اثنين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان) وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وقال في الاولى وهي قوله من واحدة الى اثنين وما بين واحدة الى اثنين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة الى ثلاث وما بين واحدة الى ثلاث يقع ثلاث وقال زفر في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين تسمية باعتبار اتحاد مدخول الى في الصورتين فالاولى ما كان مدخول الى ثنتين والثانية ما كان مدخولها ثلاثا ثم قال المصنف في قول زفر وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعث منك من هذا الخائض الى هذا الخائض وعلم ان زفر لا يدخل الحدين الاول والثاني والعرف أن يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخولة الى وحتى لانها المنتهى فوجه ما ذكر المصنف باستعمال الغاية في الحد أي الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو البيع مثلا فلا يدخل الحدان فيه فكذا في الطلاق وقد صرح بتسمية الاولى غاية في وجه أبي حنيفة حيث قال ثم الغاية الاولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الاصولي لان زفر انما يبي جوابه على قضية اللفظ كما يفيد جوابه المنقول للاصمعي حين سأله عند باب الرشيد عن قول الرجل أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة الى ثلاث لان الغاية لا تدخل تحت المغايرته في قول الرجل كم سنك فقال من ستين الى سبعين أن يكون عمره تسع سنين فيكون ايراد مسئلة البيع ذكر محل باعمال اللفظ كالدليل السمي بذكر محل اعماله ليس ان غير متروك الظاهر لا لقياس عليها والحاصل ان ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لأصل القياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب الى أبي حنيفة ما نسب الى الاصمعي غير انه قال له في الاثر كم سنك فقال له زفر ما بين ستين الى سبعين فقال له أبو حنيفة سنك اذا تسع سنين وهذا بعيد اذ بعد ان يجب فيما بين واحدة الى

وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام في العرف يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولا بي حنيقة ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من الاقل والافضل من الاكثر وهو ما يمتنع ما فأنهم يقولون سني من ستين الى سبعين أو ما بين ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرناه يعني الاكثر من الاقل أو الاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى اثنين وأجيب بأنه يتمشى فيه أيضا لان الاكثر فيه الثلاث والاقل الواحد والاكثر من الاقل (٥٧) والاقل من الاكثر الثنتان وليس

بشيء لان قوله لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام في الاكثر في الطلاق وانما الكلام في الاقل والاكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه وأقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة الى ثلاث وقوله سني من ستين الى سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا يسقط الاعتراض وقوله (وارادة الكل) جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة وهو ظاهر

وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما نقول لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولا بي حنيقة رحمه الله ان المراد به الاكثر من الاقل والافضل من الاكثر فأنهم يقولون سني من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكرنا الاصل في الطلاق هو الحظر

ثلاث ونحوه بذلك ثم يقال له كم سنك فيجب بلفظ ما بين دون أن يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الالزام حينئذ الا وقد أعد جوابه فلم يكن بحيث ينقطع على انه روي انه قال عند الزام الاصمعي استحسان في مثل هذا والذي يتبادر في وجه استحسانه ان في قول الرجل سني ما بين الستين الى السبعين عرفا في ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا عرف في الطلاق اذ لم يتعارف التطبيق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره وقد قيل من طرفه غير هذا وهو ان ما بين العديدين المذكورين أكثر من ستين فكيف يكون تسعة وهذا بناء على ان ما بين ستين وسبعين احدى وستون واثنتان وستون الى تسع وستين لا واحدة الى تسعة وانما يصح اذ لم يعتبر الحد الاول خارجا عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا والظاهر انه خارج وجواب زفر حيث قال لا يتناول الحدين صريح فيه والاوجه ما ذكرناه والله أعلم (قوله وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل) كقول الرجل خذ من مالي من عشرة الى مائة وبيع عبدي بعميان مائة الى ألف وكل من الملح الى الحسلولة أخذ المائة والبيع بألف وأكل الحلو (قوله ولا بي حنيقة ان المراد في العرف الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل) ولا يخفى ان المراد أن ذلك انما هو اذا كان بين الحدين مختل فانه لا يتحقق في نحو من درهم الى درهمين ارادة مجموع الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر في نحو طالق من واحدة الى ثنتين انتي ذلك العرف منه عنده فوجب اعمال طالق فيقع واحدة ولا يعترض بأنه لا يتأتى في من واحدة الى ثنتين لانه لم يذ كر الا لما يصدق عليه ولم يدع انه جار في غيره ليعترض بأنه لم يصدق في عدم مختل مع أنه مسوق لنفي قولهما يجب الاكثر والحاصل ان قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة الى قول زفر الا انها مطلقا فيه وأبو حنيقة يقول انما وقع كذلك فيما مرجعه اباحة كالمثل المذكور اماما أصله الحظر حتى لا يباح الادفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم ارادة الكل غير ان الغاية الاولى لا بد من وجودها ليرتب عليها الطلقة الثانية في صورة ايقاعها وهي صورة من واحدة الى ثلاث اذ لا ثانية بلا أولى ووجود الطلاق عين وقوعه بخلاف الغاية الثانية وهي ثلاث في هذه الصورة فانه يصح وقوع الثانية بلا نالته أما صورة من واحدة الى ثنتين فلا حاجة الى ادخالها لانها انما دخلت ضرورة ايقاع الثانية وهو منتف وأيقاع الواحدة ليس باعتبار ادخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يدخلان ويقع بطالق وهذا كما صحح في قوله من واحدة الى واحدة انه يقع واحدة عند زفر خلافا لما قيل لا يقع عنده شيء لعدم التخلل ووجه بأنه بلغو قوله من واحدة الى واحدة لا متنازع كون الواحد مبدء الغاية ومنتهى ويقع

قوله (وأجيب بأنه يتمشى الى قوله والاقل من الاكثر ثنتان) أقول فيلزم أن يقع الثنتان عند قوله من واحد الى اثنتين عند أبي حنيقة رحمه الله وليس كذلك (قوله وانما الكلام في الاقل والاكثر في كلام

(٨ - فتح القدير ثالث) المتكلم والثلاث غير مذكور فيه) أقول لان سلم ذلك لا يرى انه لو قال من واحدة الى عشر يقع ثنتان عند أبي حنيقة رحمه الله والمسئلة في شرح الكونز لم يلح وفتح القدير (قوله وأقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد دال) أقول فيه بحث فانه اذا انحلت بينهما مائتي يراد الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل فلا وجه للتخصيص الذي ذكره الشارح ولا يلا عنه قول المصنف فأنهم يقولون سني من ستين فليتنا مل (قوله معناه اذ لم يكن بينهما ذلك) أقول لا بد لذلك من دليل ولم يذ كر من طرف أبي حنيقة رحمه الله

وقوله (ثم الغاية الاولى) جواب عن قول زفر ووجهه ان القياس أن لا تدخل الغايتان كما ذكرنا الان الغاية الاولى لا بد أن تكون موجودة لانه أوقع الثانية ولا يصح الابدع وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قوله كقولنا بعثك من هذا الحائط ووجه ذلك انه قياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها وأما في صورة النزاع فانها ليست بوجودها ولا بد من وجودها ليرتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل اننا نقول بان الغاية داخلها وانما قلنا انه لا بد من وجودها (٥٨) لضرورة الثانية ونوقض بما لو قال أنت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة

ولم يضطر فيه الى الاولى لوقوع الثانية وأجيب بان قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلاث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الابدع وقوع الاولى ولو نوى في قوله من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث وأشباههما واحدة صدق ديانته لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر

ثم الغاية الاولى لا بد أن تكون موجودة ليرتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانته لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

بطالق واحدة كذا هنا يجب أن يلغى من واحدة الى اثنين عنده ثم يقع بطالق واحدة وأورد اذا قيل طالق ثانية لا يقع الا واحدة أجيب بأن ثانية لغو فيقع بان طالق واحدة بخلاف قوله هنامن واحدة الى ثلاث فانه كلام معتبر في ايقاع ثنائية فلا يتحقق ذلك الابدع ايقاع الاولى فان قيل لفظ ما بين هذا وهذا يستدعي وجود الامرين ووجودهما ووقوعهما فيقع الثلاث والجواب ان ذلك في المحسوسات اما ما نحن فيه من الامور المعنوية فانما يقتضي الاول واحتمال وجود الثاني عرفا في من الستين الى السبعين يصدق اذا لم يبلغ السبعين بل منتظره ولم يعد محططا في التكليم لا فائدة ذلك القدر بقي أن يقال ان هذا ان انتقض عليه ما لا ينتقض على زفر لما تقدم انه يقال من طرفه لا عرف في الطلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان ما بين انما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقعة بل من حيث هي ما بين الواحدة والثلاث فلا احتياج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانية في من واحدة الى ثلاث ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق وجب اعتبار مؤدى أجزاء لفظه وهي لا توجب الادخول ما بين الحدين ولا مخلص الابداع ان العرف أفاد ان مثله يراد به ذلك في أى مادة وقع وقد لا يسلمه زفر (قوله بخلاف) جواب عن قياس زفر على مسئلة من هذا اللفظ الى هذا الحائط بالفرق بان التطليقة الثانية واقعة ولا وجود لها الا بوقوع الاولى فوقع ضرورة بخلاف الغاية في البيع فانها لم تدع ضرورة الى ادخالها في المعيا بقيت الغايتان خارجتين وأنت علمت ان الاستدلال على الاقوال الثلاثة ليس الا بقضية اللفظ ومسئلة البيع لاظهار ان اللفظ لم يترك ظاهره فتحقيق الفرق على قول أبي حنيفة ان العرف فيه ارادة الاكثر من الاقل الى آخره فافتضى في من واحدة الى ثلاث وقوع اثنين لانهم الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فلم يقع الاولى بخلاف بعثك من هذا الحائط الى هذا الحائط لان التعارف انما وقع في الاعداد نحو من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ونحوه فبقى اللفظ في غيرها على مقتضا لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال ان ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولهما فان العرف أعطى ان قضيته عدم وقوع الثانية (قوله فرعان) لو قال من واحدة الى عشرة يقع ثنتان عند أبي حنيفة وقيل يقع ثلاث لان اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو قال طلقني ستا بألف وطلقها ثلاثا فوقع الثلاث بنحو مائة ولو قال ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة نقل عن أبي يوسف بخلاف ما اذا كان غاية وكذا يجب عند الكل الان كان فيه العرف الكائن في الغاية (قوله ولو نوى واحدة) أى في من واحدة الى ثلاث وفي ما بين واحدة الى ثلاث اذا كان فيه عرف الغاية (قوله لانه خلاف الظاهر) وفيه تخفيف عليه

(قوله ولا بد من وجودها الخ) أقول اذا كانت الطلقة الاولى موجودة قبل هذا الكلام ينبغي أن يقع بهذا الكلام واحدة عنده (قوله وأجيب بأن قوله ثانية صار لغوا الخ) أقول لم تثبت الطلقة الاولى اقتضاء ويلغو كلام العاقل

ينبغي أن يتأمل فيه ولعل وجهه صون فعله عن الكراهة فان ايقاع الطلقتين معاكروه كما سبق (قوله) وسيجيء نظيره في رأس الورقة الثانية وتفصيله ان صون كلامه عن الالغاء وصون فعله عن الكراهة تعارضان في الاصل وهو عدم الاقتضاء (قوله في ايقاع الطلاق بالاتفاق) أقول يعني منا ومن زفر (قوله ولو نوى في قوله من واحدة الى اثنين الخ) أقول فيه بحث فانه اذا قال من واحدة الى اثنين أو ما بين واحدة الى اثنين تقع واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله قضاء وديانة فلو جرحه هذا الكلام ويجوز أن يقال مراده يصدق عندهما وفي أشباههما يصدق عنده وعندهما فليتأمل فان بيانه قول المصنف لما ذكرنا بما بين يأي عن هذا

(ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب) فيما بينهم ان واحدة في ثنتين ثنتان (ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب) لان الغرض به ازالة كسر يقع عند القسمة فمضى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزأين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها) كما لو قال أنت طالق طاعة ونصفها وثلثها وربيعها وسدسها ونعتم لم يقع الا واحدة (فان نوى واحدة وثلثين فهي ثلاث لانه يحتمل ان (٥٩) الواو للجمع والظرف يجمع

المظروف) وقوله (ولو كانت غير مدخول بها) واضح (وان نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث) سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن (لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي) قوله تعالى فادخلي في عبادي عند بعض أهل التأويل وهذا لان أحد العددين لا يصلح أن يكون ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المعية فاستعير له (ولو نوى الظرف تقع واحدة) لان الطلاق معنى فهي لا يصلح أن يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثاني (ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب) والضرب تضعيف أحد العددين بقدر ما في العدد الآخر كالاربعة في الخمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات أو تضعيف الخمسة اربع مرات (فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لان قضيته أن تكون اربع بعرف الحساب (لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للذكور الاول على ما بيناه) للذكور الاول على ما بيناه

(ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة) وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب أثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها (فان نوى واحدة وثلثين فهي ثلاث) لانه يحتمل ان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثلثين وان نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي أى مع عبادي ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني (ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان) وعند زفر ثلاث لان قضيته أن تكون اربعاً لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للذكور الاول على ما بيناه

(قوله ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب) عالم بعرف الحساب (فهى واحدة) ففيما اذا لم تكن له نية أولى أن تقع واحدة وقال زفر والحسن بن زياد يقع ثنتان بعرف الحساب وهو قول مالك والشافعي في وجه اذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجه عند الحساب فلو كان بمن يعرف الحساب وقصد موجه عندهم وقع ثنتان وجهها واحد او به قال أحمد وعندنا يقع واحدة بكل حال وجه قول زفر ان عرفهم فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر فقول واحد في ثنتين كقوله واحدة مرتين أو ثنتين مرة وثلثين في ثنتين مرتين فكأنه قال طالق اربعاً يقع الثلاث فاللزام بان لو كان كذلك لم يبق فقير في الدنيا لا معنى له أصلاً لان ضربه درهمه مثلاً في مائة ألف ان كان على معنى الاخبار كقوله عندي درهم في مائة فهو كذب وان كان على الانشاء كبعثته في مائة لا يمكن لانه لا يجعل بقوله ذلك مائة فليس ذلك الكلام بشئ (قوله أثره في تكثير المضروب لا في زيادة العدد) والطلقة التي جعل لها اجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ولا يخفى ان هذا لا معنى له بعد قولنا ان عرف الحساب في التركيب اللفظي كون أحد العددين مضعفا بعد الآخر فان العرف لا يمنع والفرض انه تكلم بعرفهم واراده فصار كما لو وقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يدريها (قوله فان نوى واحدة وثلثين) بقوله واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلاثة لانه يحتمل ان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح أن يراد به معنى الواو ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لو قال لها أنت طالق واحدة وثلثين وان نوى معنى لفظه مع وقعت ثلاث عليها مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها كما لو قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين وارادته معنى لفظه مع بها ثابت كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي أى مع عبادي وفي الكشف ان المراد في جملة عبادي وقيل في أجساد عبادي ويؤيده قراءة في عسدى فهي على حقيقة تعالي هذا ولا يخفى ان تأويلها مع عبادي ينبوعه وادخل جنتي فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فالوجه ان يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ويتجاوز عن سيئاتهم في أصحاب الجنة وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله في الاقرار بان قال له على عشرة في عشرة وادعى الخصم الجميع أى مجموع الحاصل على الاصطلاح بخلافه القاضي انه ما اراد الجميع أمالو ادمعنى الظرف لغا ولم يقع الا المذكور ولا يخفى

يعنى في قوله ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب

قال المصنف (كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي) أقول أنت خير بأنه لا يمنع هنا من حل في على الظرفية بل هي الظاهرة قال ابن الهمام ولا يخفى ان تأويله مع ينبوعه وادخل جنتي فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فالوجه ان يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ويتجاوز عن سيئاتهم في أصحاب الجنة انتهى

(ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) والطول يستعمل في القوة وقوة الشيء انما يظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل اذا صرح بكراً الطول فقال أنت طالق تطلقه طويله وقع رجعياً عنده (٦٠) فكيف صح تعليقه بالطول أجيب بأنه اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكنية

(ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة) وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها (ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذلك لو قال أنت طالق في الدار) لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان

أقوى من التصريح لكونها دعوى الشيء بينة وموضعه علم البيان وأقول هذه خطابة لا تكاد تنحصر في مقام الاستدلال وقيل يجوز أن يكون عنده في هذه المسئلة روايتان وهذا أقرب (وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها) فتخصصه بكراً الشام تقصير بالنسبة الى ما وراءه (ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال أنت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون آخر)

قال المصنف (لانه وصف الطلاق بالطول) أقول قال الزبلي لا يقال انه لو صرح بالطول لا يكون بائناً عنده فكيف يمكن ايقاع البائن عنده بهذا القول لا نقول الكناية أقوى من الصريح فجاز أن يختلف الأبرار ان قولهم فلان كسر الرماذ بلغ في الوصف بالكرم من قولهم جواد ولان قوله الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن تقع به البينة عنده بخلاف ما اذا وصفه بالطول

واحدة في اثنين واحدة وفي اثنين في اثنين اتفاقاً لان الطلاق لا يصلح لحقيقة الظرف فيلغو الثاني (قوله ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة رجعية وقال زفر بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) وأورد عليه انه لو قال طالق طلاقة طويلة وأعرضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعطل البينة هنا بالطول أجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه بالطول صريحاً فيوقع به الرجعي وكنية فيوقع به البائن لان الاثبات بطريق الكناية أبلغ منه بالصرح كافي كسر الرماذ لانه أبلغ من جواد لانه اثبات الجوده بينة أعني كثرة الرماذ لانه تعطل على مذهب الزاما كانه قال لما قال من هنا الى الشام فقد وصفه بالطول ولو وصفه بالطول صريحاً بان قال طلاقة طويلاً تقع بائنة عندكم فكذا كناية بالاولى لما قلنا وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينوال كاه مع ان الزكاة لا تسقط عنده اذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك أو ان عنه في المسئلة روايتان كما جوزه في الكافي لان بعض المشايخ قال في دليله لانه وصفه بالطول ولو قال أنت طالق طلاقة طويلة كان بائناً كذا هنا ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن لا تحصل البينة عنده بأحدهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكأنه قال كالجبل لكن مقتضى هذا أن لا يقتصر على قوله لانه وصفها بالطول بل يقول لانه وصفها بالطول والعرض (قوله قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع في كل الدنيا وفي السموات) ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعي وطوله بالبائن ولانه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدّها الى مكان وهو لا يحتمل ذلك أصلاً فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا يبنونه وقال الترمذي انه انما مد المرأة لا الطلاق ووجهه انه حال ولا يصلح صاحب الحال في التركيب الا الضمير في طالق (قوله ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال) وكذلك في الدار وان لم يكن في مكة ولا الدار وكذلك في الظل والشمس والثوب كالمكان فلو قال طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال أنت طالق وأنت مريضة وان قال عني اذا البست واذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا في الفضل لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا قصد بقوله بمكة أو في مكة اذا دخلت مكة فانه يتعاقب بالدخول ديانته لا قضاء (قوله لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان) المعنى ان الطلاق لا يتصور أن يتعلق بمكان بعينه دون غيره لان الطلاق المعنى به رفع القيد الشرعي معدوم في الحال وقد جعل الشارع لمن له التخاصر بلفظ وضعه تعالى سبباً لذلك ان يعلق وجوده بوجود امر معدوم حتى اذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضعنا شراعيّاً لازماً وعقليّاً والزمان والافعال هما الصالحان لذلك لان كلاهما معدوم في الحال ثم وجداً وقد يوجد فتعينا التعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما بخلاف المكان الذي هو عين بابتة فلا يتصور الاطاعة به ولو انطأ به قبل وجوده فالنات انما هو

لانه لا يستعظم عاقبة كره في الكافي وجاز أن يكون له روايتان وفي الغاية يحتمل أن يستفاد من قوله من هنا الى الشام وجوده المبالغة في الطول أي بالطول الكثير فحذفت الصفة كقوله تعالى ياخذ كل سفينة غصبا أي كل سفينة صحيحة أو مالهة أو سليمة انتهى وفي قول صاحب الكافي ولان قوله الى الشام يفيد الطول والعرض بحث لان العرض غير مذكور في دليله على ما ذكر في هذا الكتاب

وقوله (وان عني به) ظاهر وقوله (عند تعذر الظرفية) انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على أن يكون شاغلا له فيحصل على الشرط لمقاربة أى المناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قال شمس الأئمة وقبل لان الظرف يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع المشروط (٦١)

فصل في اضافة الطلاق

الى الزمان

ذكرهنا فصلا مترادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويحه وتشبيهه اضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط (ولو قال أنت طالق غدا) على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله (نوى التخصيص في العموم وهو) أى العموم (يحتمل التخصيص) فكان من محتملات كلامه ونية المحقق صحيحة فيصدق ديانة (لكنه مخالف للظاهر) لان الغد اسم لجميع أجزاء النهار فلا يصدق قضاء ولقائل أن يقول العام ما يتناول أفرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والاخر فهو من أجزائه لامن أفراده وحينئذ لا يكون نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وإرادة الجزء مجاز لا محالة

وان عني به اذا أثبت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الأضمار وهو خلاف الظاهر وكذا اذا قال أنت طالق وأنت مريضة وان نوى ان مرضت لم يدين في القضاء (ولو قال أنت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة) لانه علقه بالدخول ولو قال أنت طالق في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان (ولو قال أنت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر) لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في أول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمل لكنه مخالف للظاهر

وجوده أو فعل الفاعل له فكان الصالح لتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان في الاضافة والتعليق يكون مستقبلا أما الحال فالتما يكون معه التحيز ووقوع المعلق وأما اضافته الى ماض خال عنه فليس في وسعه فيلغو ويصير أنت طالق فيقع به في الحال وانما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لان الفعل لا يمكن ان يوجد بمجرد وجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك في أزمه الشرعي لان حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده وهذا يمكن اعتباره شرعا فجعلنا المعلق برفع القيد لا فعل التطلق والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال في دخولك الدار أو مكة تعلق بالفعل) أى بالدخول كالوصرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لاداء الشرط لمقاربة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالشرط لا يوجد بدون الشرط فيحصل عليه عند تعذر معناه أعني الظرف وكذا اذا قال في بلدك أو في ذهابك وقد بينا وجه صلاحه الفعل لذلك ولا فرق بين كون ما يقوم به فاعلا اختياريا أو غيره حتى لو قال في مرضك أو وجعلك أو صلاتك لم تطلق حتى تعرض أو تصل

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ذكر في باب ايقاع الطلاق فصلا متعددة باعتبار تنوع الايقاع أى ما به الايقاع على ما قد مناه الى مضاف وموصوف ومشببه وغيره معلق بدخول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا كما ان الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقا بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والمظن نوع والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه وقطعية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجدتها ترتب على العلم بأحوال شتى أو أشياء من جهة خاصة فوضعه ليبحث عن أحواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفا وقيل للواضع صنف العلم أى جعله صنفا فالواضع أولى باسم المصنف من المؤلفين وان صح أيضا فهم وعلم بما ذكرناه انما يتباين مندرجة تحت صنف أعلى لتباين العوارض المقيد بكل منها النوع وان ما ذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب (قوله ولو قال أنت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع غره لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد) لان جميعه هو مسمى الغد ولو نوى آخر النهار جازما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لانه خلاف الظاهر (وقوله لانه نوى التخصيص في العموم) تنزيل للاجزاء

فصل في اضافة الطلاق قال المصنف (لانه نوى التخصيص في العموم) أقول فيه تجوز والمراد نوى الجزم من الكل فتزل الاجزاء منزلة الافراد والالفاظ غدا تكرر في سياق الاثبات فلا تم (قوله لان الغد اسم لجميع أجزاء النهار) أقول وهذا لا يوافق كلام المصنف والموافق له أن يقول اسم لجميع أجزاء اليوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس كما قاله الاثنان

(ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوق به) فيقع في الأول في اليوم وفي الثاني في الغد لأنه لما قال اليوم كان تخبيرا والمنتزح لا يحتمل الاضافة وإذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا ينتزح لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين

(ولو قال أنت طالق اليوم غدا) ظاهر واعترض بأنه لا يجعل غدا ظرفا لطلاق آخر وأجيب بأنه يحتاج الى تقدير أنت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة والاولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطاقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله أنت طالق غدا اليوم لأنه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم أجيب بأن ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهي ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعي لاثباتها فيكون الثاني لغوا

(قوله أجيب بأن ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسمى لاثباتها الخ) أقول وهذا يجري في الصورة الاولى أيضا

منزلة الافراد والالفاظ غدا نكرة في الاثبات فليس من صيغ العموم (قوله ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يقع في أول الوقتين الذي تفوق به) أما الاول فلا ينفرد فلا يرجع متأخرا الى وقت في المستقبل وأورد عليه أنه لم يعتبر لاضافة أخرى للاضافة عين ما ينجز والجواب أن اعتبار كلامه ايقاعا للمحاجة وهي مرتفعة بالواحدة والضرورة أخرى تجب لمراعاتها وقوع أخرى ظاهرا اذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك حتى لو كانت بالعطف بأن قال أنت طالق اليوم وغدا أو أول النهار وآخره لا يقع الا واحدة لأنها طالق في الغد وآخر النهار بطلاقها في اليوم وأول النهار وقد طوبى بالفرق بين هذه وبين قوله أنت طالق اليوم اذا جاء غدا فأنها لا تطلق الا بطول الفجر فتوقف المنتزح لاتصال مغير الاول بالآخر فلم يتوقف باتصال الاضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما غير لا تخبير فظهر أنه مضاف لانه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بان ذكر الشرط يبين ان قوله اليوم ليسان وقت التعليق لالبيان وقت الوقوع وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيان الوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بأن طالق اليوم ايقاع في الحال واذا جاء غدا تعليق فلا بد من اعتبار أحدهما الثاني واعتبار المعلق أولى لان في اعتباره الغاء كلمة واحدة وهي لفظة اليوم وفي اعتبار المنتزح الغاء كلمات وهي قوله اذا جاء غدا لانه لم يقع الفسق في الجوابين بأنه لم يتوقف فلم يكن تخبيرا مع اتصال المغير الشرطي ولم لم يتوقف فكان تخبيرا مع اتصال المغير الاضافي فان قيل لم يجعل الثاني ناسخا أجيب بأن النسخ فرع ثبوت الاول وتقرره وتقرر الطلاق الاول وثبوته وقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك وتأخير ما الثاني وهو قوله طالق غدا اليوم فلائنه وقع مستقيما مضافا وبعد ما صح مضافا الى غدا لا يكون بعينه منتزعا بل لو اعتبر كان تطبيقه أخرى وانما وصفها بتطبيقه واحدة لأنها الرمت اضافتها الى الغد فلم يزل الغاء اللفظ الثاني ضرورة ولا يمكن جعله ناسخا للاول لان النسخ انما يكون بكلام مستيد في نفسه متراخ وهو منتف هنا فان قلت فما وجوه المسئلة اذا وسط الواو فالجواب اذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق أول النهار وآخره أو اليوم وغدا أو في ليك ونهارك وهو في الليل أو قلبه وهو في النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة الى الاخرى لأنها بطلاقها في أول الوقتين تكون طالق في آخرهما ولو نوى أن يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقت ثنتان وكذا طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة بلانية فان نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة أيام وقع كذلك وان قدم المتأخر كطالق غدا أو اليوم أو في نهارك وليك وهو في الليل أو قلبه وهو في النهار فعن زفر كذلك تقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لان الاول وقع مضافا صحها والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقديرا في الاولى بما بعده افا صار الحاصل أنت طالق غدا وأنت طالق اليوم وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق كل يوم فعند زفر يقع ثلاث في ثلاثة أيام لانه موقع في كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالق في كل يوم يحصل بايقاعه في هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ولا يخفى ان نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه في طالق غدا واليوم يقع واحدة مشكل لان كل يوم امان بتعيين اليوم وغدا وبعد غد الى آخر الزمان فتقع واحدة أو قلبه غدا وما بعده واليوم فكذلك وكذا لو قال أنت طالق أبدا لم تطلق الا واحدة فلو نوى ان يطلق كل يوم تطبيقه أخرى صحت نيته وفي هذه المسئلة ما قدمناه من البحث أول كتاب الطلاق في أنت طالق للسنة وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه ان صحة نية الثلاث اما باعتبار اصل التطبيق كأنه قال طالق كل يوم تطبيقه أو باضممار كأنه قال في كل يوم ولو قال في كل يوم

(ولو قال أنت طالق في غدا) على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله (على ما ينشأ) إشارة إلى قوله لأنه نوى التخصيص في العموم وهو محتمل مخالفًا للظاهر وقد علمت ما فيه - وقوله (ولابى حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه) قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قوله سما مخالفًا للظاهر وتقر به أن خلاف الظاهر إنما لا يدين في القضاء إذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه وهنا صادفتها فيدين قضاء ودبابة ألا ترى أن من حلف لا ينزّج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء ودبابة وإن كان مخالفًا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لأن الحقيقة لا تحتاج إلى النسبة وإنما يحتاج إليها ما هو من محتملات كلامه كالجواز ويمكن أن يجاب عنه بعدم معرفة أن في غدا لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقة - وغدا يقتضيه وهو حقيقة بدليل قوله تعالى أنا لننصر رسلكم والذين آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الأشهاد فإنه لا استيعاب

(٦٣)

يقوم الأشهاد فإنه لا استيعاب

فيما فيه الحرف وهو ثابت

فيما لا حرف فيه وبالله أن

الله تعالى ذكره نصرته الرسل

والمرسل والمرسل إليهم في

الدنيا مقرون بغيره في

وذكر نصرته في الآخرة

غير مقرون به في هذه

الآية لأن نصرته الله إياهم

في الآخرة دائمة وأما

نصرته في الدنيا فكانت

تقع في بعض الأوقات لأنها

دار الابتلاء وكل ما هو

حقيقة في أحدهما فهو

مجاز في الآخر وأدعى

هذا فيكون نسبة حقيقة

الكلام من باب بيان

التقرير وهو كيد الكلام

بما يقطع احتمال المجاز

فكان من الجائز قبل بيان

نيتته أن يكون مراده بقوله

في غدا مجاز وهو الاستيعاب

فلا يبينها قطع احتمال المجاز

وموضعه أصول الفقه

وباقى كلامه واضح بعد

المعلومة (منافية للملكية

(ولو قال أنت طالق في غدا وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبى حنيفة وقال لا يدين في القضاء خاصة) لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه وهذا يقع في أول جز منه عند عدم النية وهذا لا حذف في واثباته سواء لأنه ظرف في الحالين ولا بى حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه لأن كلمة في ظرف الطرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم فإذا عين آخر النهار كان التعين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لأنه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا إلى جميع الغد نظيره إذا قال والله لا صومن عمري ونظيره الأول والله لا صومن في عمري وعلى هذين الدهر وفي الدهر (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء) لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للملكية بالطلاق

طلقت ثلاثي كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر وفرقوا بأن في الطرف والزمان انما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع (قوله ولو قال أنت طالق في غدا وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند أبى حنيفة وقال لا يصدق في القضاء خاصة) ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لهما أنه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق في نيته آخره ولهذا أي ولأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في أول جز منه اتفاقا عند عدم النية وهذا هو كون وصفها بالطلاق في جميع الغد أو صيرورة بمنزلة غدا لأن حذف لفظة في مع ارادتها واثباتها سواء فإذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان في إثباته كذلك ولا بى حنيفة أن ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها أعم من كونه متصلا بجزء آخر أو كله وأولاً وانما يعرف خصوص أحدهما من خارج كما في صحت في يوم يعرف الشمول وأما كات في يوم يعرف عدمه لا مدلول للفظ فاذا نوى جزاً من الزمان خاصاً فقد نوى حقيقة كلامه لأن ذلك الجزء من أفراد المتواطئ بخلاف ما إذا لم يذكر ووصل الفعل إليه بنفسه فإن المفاد حينئذ عموم للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرسخاً وبعدمه في سرت في فرسخ وصحت عمري وفي عمري فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ومثل قوله في غدا قوله في شعبان مثلاً فإذا قال طالق في شعبان فإن لم تكن له نية طلقت حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب وإن نوى آخر شعبان فهو على الخلاف (قوله ولو قال أنت طالق أمس) أوفى الشهر الذي خرج (وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء) بإجماع الفقهاء لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للملكية بالطلاق فكان حاصله انكار الطلاق

معرفة ما ذكرناه (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء) لأنه أسنده إلى حالة معهودة (أي معلومة) منافية للملكية (الطلاق) لأنها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي أضاف إليه الطلاق

قال المصنف (وهذا لا حذف في الخ) أقول أي كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد أو صيرورة بمنزلة غدا (قوله قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قوله سما مخالفًا للظاهر الخ) أقول الظاهر أن كونه خلاف الظاهر غير مسلم عند أبى حنيفة رحمه الله قال المصنف (حيث وصفها بهذه الصفة) أقول تنبيه ليس بدليل ألا يشكره الخصم فلا مصادرة (قوله فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غدا مجاز وهو الاستيعاب) أقول إذا كان الاستيعاب معنى مجازي بالنى غدا ينبغي أن لا يتعين الجزء الأول إذا لم يكن له نية فإن المجاز يحتاج إلى النية كما لا يخفى

(فيلغو كما اذا قال أنت طالق قبل أن أخلق) أو تخلق (ولانه أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح) فكأنه قال ما كنت أمس في قيد نكاحي وإذا أمكن ذلك صير اليه لكونه موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من انصفت بوقوع طلاقها بتطبيق الزوج وهو غير متصور لان المطلق ان (٦٤) كان هذا الزوج فليس يستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور

بقوله (أو عن كونها مطلقة بتطبيق غيره من الأزواج) فيكون تكرارا وأيضاً قوله أنت طالق موضوع للأخبار لغة ولا نسلم ان إمكان المصير الى المفهوم اللغوي يمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما أن قوله أنت طالق أمس لمن تزوجها اليوم إما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق أو هو محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازاً فان رفع النكاح يستلزم عدمه وإمكان المصير الى المفهوم اللغوي إنما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعي اذ لم يفض الى اللغو فاما اذا أفضى اليه منعه صوت الكلام العاقل عن الالغاء وقوله (أو عن كونها مطلقة بتطبيق غيره من الأزواج) يعني ان هذه المرأة ما أن تكون مطلقة زوج آخر أو لافان كان الثاني جعل قوله أنت طالق أمس إخباراً عن عدم النكاح مجازاً وان كان الاول جعل إخباراً عن كونها مطلقة ذلك الزوج (ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة) وهو واضح

فيلغو كما اذا قال أنت طالق قبل أن أخلق ولا يمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطبيق غيره من الأزواج (ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة) لانه ما أسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخباراً أيضاً فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء) لانه أسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقك وأنا صبي أو نائم أو يصح إخباراً على ما ذكرنا

فيلغو فكان كقوله أنت طالق قبل أن أخلق ولا يمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح أي طالق أمس عن قيد النكاح اذ لم تنكح بعد أو عن طلاق زوج كان لها ان كان بخلاف ما لو قال للعبنة أنت طالق أنت طالق حيث يقع ثنتان لان الظاهر في التركيب الإيقاع والانشاء فلا يعدل عنه الاعتذار والصارف عنه الى محقه وهو عدم صحة الانشاء منتف ببقاء المحلية بعد الطلقة الاولى إما بعد القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول طائفة من المشايخ أو لبقائه متوقفاً الى انقضاء العدة كقول الحقين وبشهادتهم انهم قالوا اذا قال كل امرأة طالق يقع على المطلقة الرجعية طلقة أخرى بقاء المحلية في المطلقة رجعية لقيام العدة بعد القيد لانه لا يقع على الباتة مع قيام عدتها بخلاف ما لو قال لامرأته احداً كما طالق احداً كما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الاخبار ثانياً أو التأكيد الان بقصد التجديد لان الإيقاع في المنكر ليس غالباً ولا الداعي الى تكثير الطلقات من البجاجة والبغضاء بحيث لا يقع الزوج بواحدة موجوداً فيه لان تحقق ذلك في المعينة لافي المنكرة ولو كان تزوجها أول من أمس وقع الساعة لانه ما أسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخباراً لانه عدم قدرته على الاسناد فكان انشاء في الحال فيقع الساعة وعلى هذه النكته حكم بعض المتأخرين من مشايخنا في مسألة الدور المنقولة عن متأخرى الشافعية وهي ان طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً بوقوع الطلاق وحكم أكثرهم ان لا تنطق بتخيير طلاقها لانه لو تجوز وقع المعلق قبله ثلاثاً ووقوع الثلاث سابقاً على التخيير يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لان الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال ونقول أيضاً ان هذا تغيير لحكم اللغة لان الاجزئية تنزل بعد الشرط أو معه لا قبله ولحكم العقل أيضاً لان مدخول أداة الشرط سبب والجزء مسبب عنه ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فبقي الطلاق جزء الشرط غير مقيد بالقبلية ولحكم الشرع لان النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي الى رفعها فيتمفرع في المسئلة المذكورة وقوع ثلاث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعت واحدة من المعلقة أو ثلاثاً ووقوع الثلاث الواحدة المنجزة والمعلقة وقس على ذلك (قوله ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء) لانه أسنده الى حالة منافية فصار كقوله اذا طلقك وأنا صبي أو نائم أو مجنون وكان جنونه معه ودافان لم يكن معه ودافلت الحال لانه أقرب بطلاقها وأسنده الى حالة لم تعهد فيه يعتبر قوله في الاضافة (أو يصح إخباراً على ما ذكرناه) من كونه إخباراً

عن (ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة) وهو واضح (ولا يمكن تصحيحه إخباراً أيضاً) وهذا على الوجه الاول واضح أيضاً وأما على الوجه الثاني فأنما يستقيم اذا كانت غير مطلقة لغيره من الأزواج وأما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك النسبة وفيه ما فيه (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك) وما بعده واضح

وقوله (كافي قوله ان لم آت البصرة) يعني كما اذا قال لها انت طالق ان لم آت (٦٥) البصرة فلا يقع الطلاق حتى يقع

البأس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد وقع البأس فوجد الشرط والحمل قابل والمك بالبقا فوقع فكذلك هنا (وموتها بمنزلة موته) يعني يقع الطلاق بموتها قبيل موته ايضا وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الابقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن ابقاعه قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسألة الكتاب وبين قوله انت طالق ان لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسألة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو ان في مسألة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه

(ولو قال انت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك وسكت طلق) لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ماصر مح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى مادمت حيا أي وقت الحياة (ولو قال انت طالق ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) لان العدم لا يتحقق الا بالبأس عن الحياة وهو الشرط كافي قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح

عن عدم النكاح أو طلاق زوج متقدم (قوله ولو قال انت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلق) باتفاق العلماء لان متى ظرف زمان وكذا ما تكون مصدرية ثابتة عن طرف الزمان قال تعالى فاصال الكلام عيسى عليه السلام وأوصاني بالصلاة والزكاة مادمت حيا أي مدة دوامى حيا فصالح المعنى اضافة طلاقها الى زمان خال عن طلاقها وبجود سكوت وجدة الزمان المضاف اليه فيقع فلو قال موصولا أنت طالق بر حتى لو قال متى لم أطلقك فأنت طالق ثلاثا ثم وصل قوله أنت طالق قال أصحابنا بربو وقعت واحدة وقال زفر ثلاث ولو قال أنت طالق كلما أطلقك وسكت وقعت الثلاث متتابعة لاجل انها تقتضي عموم الافراد لا عموم الاجتماع فان لم تكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط ولو قال حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك وبوم لم أطلقك وان قال زمان لا أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تغضي ستة أشهر لان لم تغلب المضارع ما ضامع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع وحيث للمكان ولم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وكلمة لا الاستقبال غالباً فان لم تكن له نية لا يقع في الحال وانما يراد بحين ستة أشهر لانه أوسط استعماله لانه اذ اراد به ساعة نحو قوله تعالى حين تغسولون وحين تصبحون وستة أشهر نحو قوله سبحانه وتعالى تؤتى أكلها كل حين باذن ربها وأربعون سنة كافي قوله عز ذكره هل أتى على الانسان حين من الدهر والزمان كالحين لانهما سواء في الاستعمال (قوله ولو قال انت طالق ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) باتفاق الفقهاء لان الشرط ان لا يطلقها وذلك لا يتحقق الا بالبأس عن الحياة لانه متى طلقها في عمره لم يصدق انه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو انه طلقها والبأس يكون في آخر جزء من أجزاء حياته ولم يقدر المتقدمون بل قالوا تطلق قبيل موته فان كانت مدخولا بها وورثته يحكم الفرار واللاثرته وقوله وهو الشرط يعني العدم (قوله كافي ان لم آت البصرة) اعطاء نظير والمراد ان كل شرط بان مني حكمه كذلك وهو ان لا يقع الطلاق أو العتاق اذا علق به الا بالموت لما ذكرنا واذ قيد احسانا في المبتغى بالغين المجبة قال اذا قال لامرأته ان لم تخبريني بكذا فأنت طالق ثلاثا فهو على الايد اذا لم يكن نية ما يدل على الفور انتهت ومن نية قالوا لو اراد ان يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال ان لم تدخليني البيت معي فأنت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلق لان مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات (قوله وموتها بمنزلة موته هو الصحيح) احترازه عن رواية النوادر ان لا تطلق بموتها لانه قادر على ان يطلقها وانما عجز بموتها وصار كقوله ان لم أدخل الدار فأنت طالق يقع بموتها لاجل وجوه الظاهر ان الوجه السابق ينظم موتها وموتها بخلاف تلك المسئلة فان بعدم موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق البأس بموتها فلا يقع أما الطلاق فانه يتحقق البأس منه بموتها واذ احكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت وانما احكمنا بالبدنية وان كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لان الفرض ان الوقوع في آخر جزء لا يتجزأ قبل بله الموت وبه تبين

قادر على اتيانه بصره فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق قال

(٩ - فتح القدير ثالث)

(ولو قال أنت طالق اذا لم يطلقك أو اذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) أقول اذا قال لها أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك فاما ان نوى شيئا أو لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى الشرط وقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملها موبنية المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد اختلف (٦٦) فيه العلماء قال أبو حنيفة لم تطلق حتى يموت وقالوا تطلق حين سكنت الزوج

(ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة وقالوا تطلق حين سكنت) لان كلمة اذا الوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقالوا فائلمهم واذا تكون كريمة ادعى لها * واذا يحاسن الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا الوقت لا امر أنه أنت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولا بي حنيفة أن كلمة اذا تستعمل في الشرط أيضا قالوا فائلمهم (قوله ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة وقالوا تطلق حين سكنت لان كلمة اذا الوقت ككامة متى قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقالوا فائلمهم) وهو ابن أحر وأحرى بن ضمرة

(واذا تكون كريمة ادعى لها * واذا يحاسن الحيس يدعى جندب) يعني أخاه الصغير وما قيل انه لعنرة العيسى خطأ عند أهل المعرفة بالشأن لان نقائه من دوائه ولم يعرف لعنرة أخ اسمه جندب أصلا وانما له أخ من أمه اسمه شيبوب ثم لم تكن أمه بحيث نوا كل أياه شدا ادا حيسا لانها بعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقبل البيت المذكور هل في القضية أن اذا استغنيت * وأمنتم فانا البعيد الاجنب واذا الشدا تدد بالشدا تدمرة * أشجنتكم فانا المحب الاقرب واذا تكون كريمة ادعى لها * واذا يحاسن الحيس يدعى جندب هذا وجهدكم الصغار بعينه * لا أم لي ان كان ذلك ولا أب عجب لتلك قضية واقامتني * فيكم على تلك القضية أعجب

واعترض بعض المحشين بان كلامنا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثاني ادعى ويدعى وأيضا تنظيره لها يعنى غير صحيح لانها لا تنتمض للوقت أبدا وهم مبنيان على ان قوله للوقت يعنى المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يشوق شيقون مطلوبهم ما عليه بل المنقول لها انه لا يسقط عنها معنى الوقت المجرد في المجازاة فأورد الشاهد من لهما للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لهما حاجة أن يبينها ان الوقت المجرد عن الشرط بل حاجتهم ما في اثبات الاجتماع ليكون دفعا لظاهر القول الكوفيين (قوله ولا بي حنيفة انها تستعمل للشرط أيضا) يعنى الشرط المجرد عن معنى الظرفية واللابقيد وهذا مذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله * واذا نصبتك خصاصة فقمي * حيث جزمها فصار محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف اما على حد سواء واما على انها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كأنها ظاهرها فتساويا كاقيل ولذا صدقه القاضي في دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يقع الفرق لهما بين هذه ومسئلة الخلف على أن لا يشرب من دجلة حيث صرفها الى الشرب بالآنية وكرا لان المجاز هناك غالب واحتاج أبو حنيفة الى الفرق لانه جزم هناك انها بالمعنى الحقيقي لاهنا وفرقه ان حكم الحقيقة وهو الخلف بالكرع بابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه أعم من ذلك ومن الشرب اعترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك أى التيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف فنافاته يقتضى الوقوع في الحال وهو منافى لحكم المجاز

لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتعمل للشرط من غير سقوط الوقت كنى وهو مذهب البصريين واستدل لهما بقوله تعالى اذا الشمس كورت لفائدة الوقت الخالص في امر مترقب أى منتظر لا محالة وبقوله

واذا تكون كريمة ادعى لها * واذا يحاسن الحيس يدعى جندب لفادته في امر كائن في الحال وأشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما الى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه يعنى متى بقوله (ولهذا لو قال لا امر أنه أنت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام) كما في قوله متى شئت ولو كان بقاءه في ان يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان (ولا بي حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل) فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه

(قوله ولا بي حنيفة رحمه الله

ان كلمة اذا مشتركة الى قوله واستدل على ذلك بقول الشاعر الخ) أقول وفيه ان ما ذكره على تقدير تسليم وانت صحت لا يدل على الاشتراك فانه يجوز ان يكون استعماله في الآخر مجازا والحال عليه أولى من الاشتراك على ما علم وسيجيء بهد سطور

واستغن ما أغناك ربك بالغنى * وإذا نصبتك خصاصة فتجمل
فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال وإن أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال

وأنت سمعت أن البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وإن استعملت شرطا كتي فثبت الاحتمالين
على السواء ممنوع وأما كونها مجازا في جزء معناها فلم يسمع بقينا وبتقدير أحده بناء على عدم اشتراط
النقل في أحاد المجاز فكونه كتر استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى أنه يجب على قولهما إذا
أراد معنى الشرط أن لا يصدق القاضى بل يصح ديانة لأن الوجه عندهما ظهورها في الظرف فإرادته
خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له فائدة عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة
يوصى جبيلا ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح أولها

أجيبك إن أبالك كلب يومه * فإذا دعيت إلى المكارم فاعمل
أوصيك ابصاء امرئ لك ناصح * ظن برب الدهر غير معقل
أنه فاتقه وأوف بنذره * وإذا حلفت ممرًا فاحمل
والضيف تكرمته فان ميثمه * حق ولأنك لعنة للـنـزل
واعلم بأن الضيف مخبر أهله * بميت ليلته وإن لم يسئل
ودع الفوارس للصديق وغيره * كى لا يروك من اللثام العزل
وصل المواصل ما صفا لك وده * واحذر رجال الخائن المتبذل
واترك محمل السوء لا تتحمل به * وإذا نيا بك منزل فتحول
دار الهوان لمن رآه داره * أفرأجل عنها كن لم يرحل
واستأن حملك في أمورك كلها * وإذا عزمت على الندى فتوكل
واستغن ما أغناك ربك بالغنى * وإذا نصبتك خصاصة فتجمل
واذا هممت بأمر شرفائسد * وإذا هممت بأمر خسر فاعمل
وإذا أتت من العدو وفوارس * فاقصر لذلك ولا تنقل لم أفعل
وإذا افتقرت فلا تكن متخشا * ترجو الفواضل عند غير المفضل
وإذا تشاجر في فؤادك مرة * أمران فاعمل للأغف الأجل
وإذا لقيت القوم فاضرب فيهم * حتى يروك طلاء أجرب مهمل
وإذا رأيت الباهسين إلى الندى * غبرا أكفهم بقاع محمل
فأعنهـم وإيسر بما يسروا به * وإذا هموا زلوا بضنك فانزل

وقد استعمل الشاعر إذا فاعل الشرط في اثني عشر موضعا بالجزم ودخول فاء الجزاء ومعقل من عقلت الناقه
بالعقل يريد عقلى برب الدهر غير ممنوع وتجمل أى أظهر جيلا ولا تظهر جزعا وقيل كل الجبل
البحر وهو الشخص المذاب وأين هذا من الأول في التأديب وفي المتن لو قال إذا طلقك فأنت طالق
وإذا لم أطلقك فأنت طالق فأتى أن يطلق يقع عليها طلاقا لأنه لما مات قبل التطلق خنت في البين
الثانية فيقع عليها طلاق وهذا الطلاق يصلح شرطا في البين الأولى لأنه وقع بكلام واحد بعد البين
الأولى خنت في البينين فيقع طلاقا ولو قلب فقال إذا لم أطلقك فأنت طالق وإذا طلقك فأنت طالق
فأتى أن يطلق يقع عليها واحدة لأنه لما مات قبل التطلق صار خائفا في البين الأولى فيقع الطلاق
ولا يصلح شرطا في الثانية لأنه وقع بكلام واحد قبل البين الثانية فالشرط تراعى في المستقبل لا الماضي
ولم يذ كر خلافا وإنما هذا على قول أبي حنيفة أما على قولهما فيقع بعد زمان يسير في الأولى للوجه
الأول بعينه وفي الثانية يقع واحدة كما سككت لأنه خنت في قوله إذا لم أطلقك فأنت طالق وكذا لو لم

واستغن ما أغناك ربك بالغنى
* وإذا نصبتك خصاصة فتجمل
ووجه ذلك أن أصابة
الخصاصة من الأمور
المرتدة وهي ليست موضع
إذا فكانت بمعنى أن
واستدل على جانب الظرفية
اكتفاء بدليها وإذا كانت
مشتركة لم يجز استعمالها
فيهما دفعة (فإن أريد به
الشرط لم تطلق في الحال
وإن أريد به الوقت طلق
فلا تطلق بالشك والاحتمال

(قوله ووجه ذلك أن أصابة
الخصاصة من الأمور
المرتدة الخ) أقول فيه كلام
قال المصنف (وإذا نصبتك
خصاصة فتجمل أقول
الجزم في قوله نصبتك يدل
على أنه للشرط

بخلاف مسألة المشيئة لانه على اعتبار انه الوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج
والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية البتة أما اذا نوى
الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملها (ولو قال أنت طالق مالم أطلقك
أنت طالق فهي طالق بهذه التولية) معناه قال ذلك موصولا به والقياس أن يقع المضاف فيقعان
ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله أنت
طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البرمستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو
المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا أن يجعل هذا القدر مستثنى

بخلاف مسألة المشيئة لانه
على اعتبار انه للوقت
لا يخرج الامر من يدها
وعلى اعتبار أنه للشرط
يخرج والامر صار في
يدها فلا يخرج بالشك
وفيه نظر لان الامر صار
بيدها بقوله انا شئت فلا
يمكن أن يكون مخرجا
للامر عن يدها والالزم
أن يكون الشيء الواحد
للضدين والجواب ما قررناه
في التقرير فليطلب ثمة

(ولو قال لها أنت طالق مالم
أطلقك أنت طالق) واضح
وأوله بقوله (موصولا) لانه
اذا قال ذلك مفصولا وقعنا
قياسا واستحسانا لانه واحد
الزمان الخالي عن التطبيق

يسكت حتى مات لان زمان قوله اذا أطلقك فأنت طالق زمان يوجد فيه تطبيق فيقع قبل أن يفرغ منه
وهذه ثلاث مسائل من الجامع الكبير أنت طالق اذا تزوجك قبل أن أتزوجك وقبله أنت طالق
قبل أن أتزوجك اذا تزوجك وأذا تزوجك فأنت طالق قبل أن أتزوجك ففي صورتين الاولى يوقع
عند التزوج انقافا وفي الثالثة كذلك عند أبي يوسف وعندهم لا يقع والاصل ان الطلاق اذا أضيف
الى وقتين أحدهما يقبله والاخر لا يصح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وأن الاخر ينسخ الاول وقبل واذا
نظر فان وقبل لا يقبل الطلاق واذا قبله فأضيف اليها ولهما في الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجيح
جهة الشرط دليل ذكر الفاء في الجزاء فالعلق بالشرط كالنجز عند وجوده فصار كأنه قال عند
التزوج أنت طالق قبل أن أتزوجك فلا يقع أولان الاخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول وقوله
(بخلاف مسألة المشيئة لانه على اعتبار انه الوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج
والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك) اعترض عليه بأن وقوع الشك في الشرطية والظرفية بوجوب
وقوعه في الحل والحرمه في الحال لانه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب
أن تحرم تقدير المحرم وهو اعتبار انظر كما قالوا وأجيب بأن هذا متروك في جميع صور التردد في
الامر فانه لو شك في انتقاض طهارته جافيه ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلاة وعلى اعتبار عدمه
تحل ومع هذا لا ترجح الحرمه وان كان مبنى الصلاة على الاحتياط لان الشك لا يوجب شيئا انما
ذلك في تعارض دليل الحرمه مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمه أما هنا واعتبرنا الحرمه
لم نعمل بدليل بل بالشك وهناك يقع العمل بالدليل والله سبحانه أعلم واعلم ان ما ذكره المصنف بشكل
لانه سيدكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية وحيد فتقتضي الوجه في المشيئة أن على قولهما لا يخرج
من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدبر نية لعرض عراه وأما اذا عرفت بأن استفسر
فقال أردت الزمان فيجب أن يصدق على قولهما ولا يخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقرر على
نفسه وان قال أردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف
على نفسه وأما في مسألة الطلاق أعنى قوله أنت طالق اذا لم أطلقك فان غلبت الزمان صدق عندهما
وان قال غلبت الشرط لا يصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق
في الشرط وفي الظرف لتكون كل منهما من محتملاتها مع ان في الثاني تشديد على نفسه (قوله ولو
قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التولية) المنجزة فقط حتى لو كان قال أنت طالق
ثلاثا مالم أطلقك أنت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلاث (معناه انه قال ذلك موصولا به) فلو فصل وقع
المضاف والمنجز جميعا (والقياس أن يقع المضاف أيضا فيقعان ان كانت مدخولا بها) فان لم تكن مدخولا
بها يقع المضاف وحده (وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل
أن يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البرمستثنى بدلالة حال الخالف) لان اليمين انما تعقد للبر فهو
المقصود بها وهو غير ممكن هنا الا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان

وقوله (واخوانه) يريد به نحو قوله لا يابس هذا الثوب وهو لا يابس ولا يركب هذه الدابة (٢٩) وهو راكبها فزعه في الحال ونزل عنها لا يحث

وان كان اللبس القليل
والركوب القليل يوجدان
وقت الاشتغال بالنزع والنزول
وقوله (ومن قال لامرأته
يوم أتزوجك فانت طالق)
ههنا ثلاثة ألفاظ النهار
والليل واليوم أما النهار
فلبياض خاصة وأما الليل
فالسواد خاصة وذلك
حقيقته ما للغوية وأما
اليوم فانه يستعمل في بياض
النهار ومطلق الوقت
بالاشتراك عند بعض
والصحيح وهو مذهب الأكثر
ان أطلقه على مطلق الوقت
بماز لان جل الكلام على
بماز أولى من الاشتراك لعدم
اختلال الفهم بوجود
القرينة وعلى التقديرين
لا يخالو من الظرفية فيرجح
أحد معنييه على الآخر
بماقرن به فان كان ممتدا
وهو ما يصح فيه ضرب
المدة كاللبس والركوب
والمساكنة وغيره الصحة
أن يقال لبست يوما أو
ركبت يوما أو سكنت يوما
يحمل على بياض النهار لانه
يراد به المعيار وهذا أليق به
وان كان مما لا يمتد
كالخروج والدخول
والقدوم لعدم صحة تقديرها
زمانا اذا يقال خرجت
أو قدمت أو دخلت يوما
يحمل على مطلق الوقت
اعتبار التناسب بين الطرفين
والظروف

أصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقطة من ساعته واخوانه على ما أتيتك في الايمان ان شاء الله تعالى (ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فانت طالق فتزوجها بلا طلق) لان اليوم يذكرو براديه بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لا يبراديه المعيار وهذا أليق به ويذكر براديه مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد (أصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقطة من ساعته) برعندنا خلافا لزر فالمراد بالاصل هنا النظر لا أصل القياس لان الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر (قوله ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فانت طالق فتزوجها بلا طلق لان اليوم يذكرو براديه بياض النهار) وهو ظاهر (ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره) والفرار من الزحف حرام ليلًا ونهارًا والأفعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتقويض الطلاق كقوله أمرك بكذا يوم يقدّم فلان واختارني نفسك يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار فالوقدم فلان لئلا لا خيار لها أو نهارا دخل الامر في يدها الى الغروب لانه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقدير او هو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه الى أن يتبين خلافه كقولك أحسن الظن بالله يوم غوت واركب يوم بأي العدة ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصح ضرب المدة كالطلاق والتزوج والعناق والدخول والقدوم والخروج فيجب جل اليوم معه على مطلق الوقت لان ضرب المدة له لغوا ولا يحتمل (والطلاق من هذا القبيل) فيقع ليلًا وتزوجها أو نهارا كذا في عامة النسخ وفي الأصل التزوج من هذا القبيل قبل كنه غلط والصحيح الطلاق من هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا ونحوه بدنه بخط شيخه ولانه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء قال في الايمان لو قال يوم أكلم فلانا فامرأتى طالق فهو على الليل والنهار الى أن قال والكلام لا يمتد ولان ذكر الفاعل انما يستقيم من غير تأويل في أتزوجك لاني أنت طالق ولان ذكر القرآن في قوله اذا قرن يدل على ارادة التزوج لا الطلاق لان مقارنته اليوم أقوى لانه على وجه الاضافة والمضاف مع المضاف اليه كشيء واحد انتهى والاصوب الاعتبار الاول أعنى اعتبار الجزاء كالطلاق ههنا لان المقصود بذكر الطرف افادة وقوعه فيه بخلاف المضاف اليه فانه وان كان منظر وفا أيضا لكنه لم يقصد بذكر ذلك الطرف بل انما ذكر المضاف اليه ليعين الطرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك ان اعتبار ما قصد الطرف له لاستعلام المراد من الطرف أهو الحقيقي أو المجازي أولى من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حاله الا أن بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب أعنى ما يكون به المعلق والمضاف اليه مما عتد نحو أمرك بكذا يوم يقدّم فلان أو لا يمتد كانت حر يوم يقدّم وطالق يوم أتزوجك فعملوا بامتداد المضاف اليه وعدمه والمحققون ارتفعوا عن ذلك الابهام ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار وبشبه كونه وهما ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لاعتبار المضاف اليه وهو ما يختلف فيه المعلق والمضاف اليه بالامتداد وعدمه كانت حر يوم يقدّم فلان (فخرج) قال أنت طالق الى شهر تطلق اذا انقضى شهر وأوقعه أبو يوسف للحال أو قبل قدوم زيد بشهر يقع اذا قدم زيد لشهر مقتصرًا وقال زفر مستندا أو قبل موت زيد بشهر فانت لتمامه وقع مستندا عند أي حنيفة وقال مقتصر على الموت وفائدة الخلاف تطهر في اعتبار العدة فعند أي حنيفة تعتبر من أول الشهر ولو كان وطها في الشهر يصير مراجعته كان الطلاق رجعا ولو كان ثلاثا أو وطها في الشهر غرم العقر وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعته بذلك الوط ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطًا وكذا اذا طلقها بأثنا أو ثلاثا أو أخلها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا يقع الثلاث والباثن

(قوله فيرجح أحد معنييه الخ) أقول فيه ان هذا على تقدير الاشتراك

قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ برة الامتنع فالقتال الآية والمراد به مطلق الوقت لان الفار من الزحف؛ لحقه الوعيد ليلا كان أو نهارا وقوله (والطلاق من هذا القبيل) يعني انه من قبيل ما ليس بمند فينتظم الليل والنهار يشير الى أنه اعتبر الظروف دون المضاف اليه لانه لتمييز المضاف بين سائر الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق أهل اللغة وكذلك اذا قيل عبدى حرا وامرأتى طالق يوم يقدم فلان وامرأتى بيدك أو اخنارى يوم يقدم فلان يعتق عبده (٧٠) وتطلق امرأته بقدمه ليلا كان أو نهارا لعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار

والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عتبت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة
فصل (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوى الطلاق

ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والباين لسبق الثلاث بالاستناد وعندهما يقع الثلاث والباين ويصح الخلع وبصير مع الخلع ثلاثا ولو مات زيد قبل تمام الشهر لا تطلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما اذا طلقها في أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولا به فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل اذا المستقبل ثبت للحال ثم يستند كذا في الجامع الكبير والاسرار هذا على طريق كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين ولو قال أنت طالق قبل موئى أو قبل موئى بشهر عندهما لا يقع شئ وترث منه لامتناع وقوعه مقتصر كما هو قولهما بعد الموت وعنده يقع مستقدا حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض أما اذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث ولو قال آخر امرأته أتزوجها طالق أو آخر عبداً ملكه حر فتزوج امرأته ثم مات أو ملك عبداً ثم مات ثم مات يقع الطلاق والعنق عنده مستندا الى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصر حتى يعتبر العنق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضاً في الثلث وفي الزوجة لا خيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا تلزمها العدة اذا لم يكن دخل بها ولا ميراث لها وإن كان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لا يحنفية بين القسوم والموت أن الموت معروف والجزء لا يقتصر على المعروف كما لو قال إن كان في الدار زيد فانت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لان الموت في الابتداء محتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلاً فأشبه سائر الشروط في احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا بوجوده شهر قبل الموت لان الموت كائن لا محالة إلا أن الطلاق لا يقع في الحال لا يحتاج الى شهر يتصل بالموت وأنه غير ثابت والموت يعرفه فقار من هذا الوجه الشرط وأشبه الوقت في قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر وقع أو لشعبان انقضا ولو قال لهما أطول كما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت احدهما فاذا ماتت طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصر عندهما

فصل فيه متفرقات من الإيقاع لانه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد (قوله ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوى الطلاق

ببطلان الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والباين لسبق الثلاث بالاستناد وعندهما يقع الثلاث والباين ويصح الخلع وبصير مع الخلع ثلاثا ولو مات زيد قبل تمام الشهر لا تطلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما اذا طلقها في أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولا به فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل اذا المستقبل ثبت للحال ثم يستند كذا في الجامع الكبير والاسرار هذا على طريق كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين ولو قال أنت طالق قبل موئى أو قبل موئى بشهر عندهما لا يقع شئ وترث منه لامتناع وقوعه مقتصر كما هو قولهما بعد الموت وعنده يقع مستقدا حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض أما اذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث ولو قال آخر امرأته أتزوجها طالق أو آخر عبداً ملكه حر فتزوج امرأته ثم مات أو ملك عبداً ثم مات ثم مات يقع الطلاق والعنق عنده مستندا الى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصر حتى يعتبر العنق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضاً في الثلث وفي الزوجة لا خيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا تلزمها العدة اذا لم يكن دخل بها ولا ميراث لها وإن كان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لا يحنفية بين القسوم والموت أن الموت معروف والجزء لا يقتصر على المعروف كما لو قال إن كان في الدار زيد فانت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لان الموت في الابتداء محتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلاً فأشبه سائر الشروط في احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا بوجوده شهر قبل الموت لان الموت كائن لا محالة إلا أن الطلاق لا يقع في الحال لا يحتاج الى شهر يتصل بالموت وأنه غير ثابت والموت يعرفه فقار من هذا الوجه الشرط وأشبه الوقت في قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر وقع أو لشعبان انقضا ولو قال لهما أطول كما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت احدهما فاذا ماتت طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصر عندهما

وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها

فصل لما كانت اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل أخر متوعة وكان حقها أن تذكر في مسائل شتى (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوى الطلاق طلقت

(قوله يلحقه الوعيد ليلا كان الخ) أقول يعني الفرار

فصل (ومن قال لامرأته

وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين فان الحل مشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح للذكر في الكتاب انها ملك المطالبة بالوطء كما انه ملك المطالبة بالتمكين ولا نهما بسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح (والطلاق وضع لرفع ذلك لا بحالة) وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليه كما في الابانة والتحرير وقتلنا لان سلمنا انه وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها المنوعة عن التزوج والبرود سلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك وهذا لانها ملك بالنكاح والمهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد (قوله ولهذا) أي لانها مملوكة (سميت منكوحة) أي واراداعليها ملك النكاح (بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصع اضافتهما الى الزوجين ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها) قيل لو كان الزوجان في الابانة والحل مشتركين لا يتحد في حق اضافة الابانة والحرمه اليهما واللازم باطل فكذلك الملزوم فانه اذا قال أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال أنا بائن أو حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل (٧١) منك أو عليك وأجيب بأن هذا

الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهة دونها فانه ليس عليها ملك غيره ولا نحل على غيره مادامت في عصمتها فكانت الجهة متعينة فاكفي بقوله أنت بائن أو حرام وأما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت في عصمتها فلا بد من ذكر منك أو عليك تعيينا للجهة

فهو طالق وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما ملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما ما فصع مضافا اليه كما فصع مضافا اليها كما في الابانة والتحرير ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي المنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك بينهما فصع اضافتهما اليهما ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها

فهو طالق وبقولنا قال أحد وقال الشافعي ومالك يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى لان ملك النكاح أي الملك الذي يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما ملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك حتى حل لكل منهما الاستمتاع بصاحبه والطلاق لازالة فيه مضافا الى كل منهما وقوله وضع لازاته ما الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليهما وله ملك عليه وهذا التعليل غير مرضي عندنا كثيرا صحابه قالوا لو كان كذلك لم ينجح الى نية كالاضافة اليها واختار عندهم ان على الزوج حرام من جهتها حتى انه لا ينكح أختها وأربعاسواها فتصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فاحتج الى نية ولا يخفى انه يندفع ما أورده على الاول بالنسبة الاخيرة ان يقال تميما للاول وانما احتج الى نية في الاضافة اليه لانه غير متعارف (قوله ولنا) تحقيقه ان الطلاق لازالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد فعمل الطلاق محلها وهي محلها مادونه فلاضافة اليه اضافة الطلاق الى غير محلها فيلغوي بيان انها محل النكاح المقيده بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونها وملكها عليه انما هو في المال كالمهر وهو بدل

قال المصنف (لان ملك النكاح مشترك) أقول أي الملك الذي يوجبه النكاح قال المصنف (والطلاق وضع لازاته) أقول قال ابن الهمام الضمير للملكين المدلول

عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه انتهى وفيه ان الظاهر انه راجع الى الملك والحل (قوله وكذلك النكاح) أقول أي ملك النكاح (قوله ولا نهما بسميان متناكحين ويذكر كل منهما الخ) أقول هذا لا يدل على الاشتراك الذي أراده فان المملوكة كالبيعة في عقد البيع والاشتراك (قوله في عقد النكاح والطلاق) أقول قوله والطلاق تكرار بعد العهد قال المصنف (ولنا ان الطلاق لازالة القيد) أقول كما ينبغي عنه لفظ الطلاق كما سبق ذلك في باب ايقاع الطلاق قال المصنف (وهو فيها دون الزوج) أقول قيل ان الزوج مقيد من جهتها أيضا حتى لا يتزوج أختها ولا أربعاسواها وجوابه مذكور في شرح الكتر للزلي وليا ان تقول لو كان الزوج مقيدا من جهتها لكان ازالته في يدها وليس كذلك مع انه كلام على السند على ما يعلم من كلام الشراح (قوله لان ملك النكاح له عليها الخ) أقول واذا كان الملكا عليها فرقه يكون باضافته الى المملوكة كما في الاعتاق فان المتق إذا أضيف الى المولى يلغوا جماعا (قوله ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد) أقول لعلها مغالطة فان المهر والنفقة في مقابلة ملك منافع بعضها فلو ملكت منافع الزوج أيضا لباين اجتماع البدلين في ملك شخص واحد وموضع الغلط قوله في مقابلة النكاح فليست مسلم والاولى أن يقال يلزم اجتماع المالكية والمملوكية وذا غير جائز كما يأتي نظيره بعد سطور

وقوله (ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشئ) ظاهر وقوله (ولا فرق بين المستثنين) يعني بين قوله أنت طالق واحدة أو لا وبين قوله أنت طالق واحدة أو لا شئ في حق التشكيك في الإيقاع أو في حق الوضع وقوله (ولو كان المذكور ههنا) أي في الجامع الصغير (قول الكل فعن محمد وابتان) (٧٣) لأنه لم يذ كر الخلاف في وضع الجامع الصغير في أنه لا يقع شئ فكان عند محمد أيضا لا يقع

شئ ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بأن عنده تطلق واحدة رجعية إذا قال أنت طالق واحدة أو لا شئ ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه وقوله (له) أي لمحمد (أنه أدخل الشك) ظاهر

قال المصنف (ولا فرق بين المستثنين) أقول يعني به فرقا ثبت به حكم مخالف لحكم المسئلة الأخرى على ما هو مصطلح الفقهاء في لفظ الفرق (قوله قيل لو كان الزوجان في الإبانة) أقول والظاهر أن يقال في الوصلة (قوله وأما الزوج فله ملك على غيرها) أقول يعني على غيرها من النساء (قوله وقوله ولا فرق بين المستثنين إلى قوله في حق التشكيك) أقول ظاهره لا يلائم كلام محمد رحمه الله فإن التشكيك عنده في نيك المستثنين انما هو في العدد دون الإيقاع الآن يقال المراد وجودا وعدما (قوله وذلك يستلزم ورود الروايتين) أقول يعني في كل من المستثنين قال المصنف

(ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشئ) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخره على قول محمد وهو قول أبي يوسف وأنت طالق واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شئ ولا فرق بين المستثنين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد وابتان لأنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة أو بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع عند كرا العدد ملكة لا مورد ترجع إلى نفسها فهي المملوكة دونها ولهذا ملك هو الزوج بالكتابة ولم عليه حكمه بالكتابي والنفقة بدل احتباسه أياها والحل الذي يثبت له تابع للحل الذي يثبت له فإنه له ملك الوطء وجب عليها التمكين ومن ضرورته حل استمتاعها به وليس الحل هو القيد الذي هو مورد الطلاق بل الحل أثره حسب ماحقة فناءه في باب إيقاع الطلاق من أنه المنع الشرعي والخ والتأثير والتكاح ويرجع إلى ما تقدم من أن الثابت تباعه بل يكون محلا للطلاق بخلاف الإبانة لأنها أي لفظها موضوع لازالة الوصلة ووصلة النكاح مشتركة بينهما فصح كذا كما لا يخفى عنه وسيأتي تمامه في الكتابات وأما مجرد عن أختها وخامسة الحل وهو مشترك فصح كذلك كما لا يخفى عنه وسيأتي تمامه في الكتابات وأما مجرد عن أختها وخامسة فليس موجب نكاحها بل محرر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الأختين وخمس لاحكام النكاح ولهذا لو تزوجها مع أختها معا أو ضم خسامعا لا يجوز (قوله ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشئ) وكذا طالق أو غير طالق وطالق أو لا وبه قالت الأئمة الأربعة قال المصنف هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخره وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف وأنت طالق واحدة رجعية كذا ذكر قول محمد في كتاب الطلاق من المبسوط فيما إذا قال أنت طالق واحدة أو لا شئ أو ثلاثا أو لا شئ انما لا يقع عليها شئ عند أبي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية (ولا فرق بين المستثنين) وهما طالق واحدة أو لا واحدة أو لا شئ وخص الخلاف في الأصل بين أبي يوسف ومحمد ولم يذ كر قول أبي حنيفة لكن صاحب الاجناس نقل ذكره معه في الجرجانيات ولو كان المذكور ههنا قول الكل بسبب أنه لم يذ كر خلافا فعن محمد وابتان والوجه كون الروايتين في المستثنين وذلك لأنه صرح بخلاف قول محمد في مسألة أو لا شئ فدل على وفاء في هذه المسئلة وهي مسألة أو لا وإذا لا فرق بينهما كان وفاءه ههنا رواية في وفاءه في أو لا شئ وخلافه ههنا رواية في مسألة أو لا (قوله له) أي لمحمد في إيقاعه به واحدة على هذه الرواية أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق يقع به واحدة (بخلاف قوله أنت طالق أو لا) أو طالق أو غير طالق فإنه لا يقع به بالاتفاق (لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع ولهما) أي لا يخيصة وأبي يوسف (أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع عند كرا العدد) واستدل على هذا بما تاراجاعية منها أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذ كر الثلاث لأنها حينئذ بانت بطالق لا إلى عدة فلم تنطبق محلل الوقوع الرائد ومنها أنه لو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله لم يقع شئ ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل

(ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع) أقول كأنه لم يتلفظ ومنها بالعدد ولا يلزم منه أن يكون لمحمد خلاف في القاعدة القائلة أن الوصف إذا قرن بالعدد كان الوقوع عند كرا العدد مطلقا على ما ظن بل خلافا فيما إذا ذكر كلمة الشك حيث يستلزم سقوط اعتبار العدد ولا يلزم الغاء كلام العاقل مطلقا فليتأمل

وقوله (ولهما) أي ولأبي خنيفة وأبي يوسف (إن الوصف) يعني أنت طالق (متى غرن بالعد) مثل أن يقول أنت طالق واحدة
اواثنين أو ثلاثا (كان الوقوع بذكر العدد) واطلق العدد على الواحد مجازا من حيث أنه أصل العدد ومعنى كلامه إن الوصف متى
قرب بالعدد كان الكل كلاما واحدا في الإيقاع فينتد كان الشك داخل في الواحد قد خلا في الإيقاع فكان تفسير قوله أنت طالق
أولا وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله (الآثرى) (٧٣) وهو واضح وقوله (على مامر)

أراد به قوله كان الوقوع
بذكر العدد (وقوله
فلا اجتماع بين المالكية
والمملوكية) قد تقدم
تقريره مستوفى وقوله
(فلان ملك النكاح
ضروري) بيانه أن ملك
النكاح إثبات الملك على
الحر وهو على خلاف
القياس وما هو كذلك
فهو ضروري فإذا طرأ
عليه الحل القوي وهو
ملك اليمين بنى الحل
الضروري لضعفه فان
قبل هذا مسلم فيما إذا ملك
الزوج جميع منكوحته
ملك اليمين فاما إذا ملك
شخصا منها فيبني أن
لا ينتفي الحل الثابت بينهما
بالنكاح لانه لم يطرأ
عليه لاحل قوي ولا
ضعيف أوجب بان ملك
اليمين دليل الحل فقام
مقامه تيسيرا

الآثرى انه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف لغا
ذكر الثلاث وهذا لأن الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة
على مامر واذا كان الواقع ما كان العدد ناله كان الشك داخل في أصل الإيقاع فلا يقع شيء (ولو
قال أنت طالق مع موتى أو مع موتك فليس بشيء) لانه أضاف الطلاق إلى حالة منافسة له لان موته ينافي
الاهلية وموته ينافي المحلية ولا بد منهما (واذا ملك الرجل امرأته أو شقصا منها أو ملكت المرأة
زوجها أو شقصا منه وقعت الفرقة) للنافاة بين المالكين أما ملكها أياها فلا اجتماع بين المالكية
والمملوكية وأما ملكه أياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي
النكاح

ومنها لو ماتت قبل العدد واحدة أو ثلاث لم يقع شيء وقوله وهذا لأن الواقع في الحقيقة هو المنعوت
بالعدد وهو المحذوف) أي طالق تطليقة واحدة أو ثلاثا أو تطليقتا ثلاثا كما قررته في أول الباب أما على
الإنشاء فلا وقد يرجع المصنف إلى طريقة الإنشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسألة أنت طالق أمس
وقد تزوجها أول من أمس فأرجع إليه والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الإجماعية
الدالة على أن الواقع المذكور لا الوصف (قوله ولو قال أنت طالق مع موتى أو مع موتك فليس
بشيء لانه أضاف الطلاق إلى حالة منافسة له) وهو موته وموتها لأن موته ينافي الاهلية وموتها ينافي
المحلية ولا بد من الاهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها وانما كان حالة موت أحدهما منافية
للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع الطلاق يستدعي جالسه خقراره أو المعنى على تعليقه
بالموت وان كان حقيقة مع القرآن ألا ترى انه لو قال أنت طالق مع دخولك الدار تطلق به فاستدعي
وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل (قوله وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصا
منها) أي سهما بان كان تزوج أمة لغيره ثم اشتراها جميعها منه أو سهما منها أو وهبها أو ورثها أو
ملك المرأة زوجها أو شقصا منه بأن تزوجت الحر عبد الغير ثم اشتريته جميعه منه أو سهما منه أو وهبه
لها أو ورثته (وقعت الفرقة) بينهما فسحلتا للنافاة بين المالكين ملك الرقبة وملك النكاح أما في ملكها أياها
فلا اجتماع بين المالكية والمملوكية فيها وقد تقدم تقريره في فصل المحرمات وتحريره فأرجع إليه
وأما في ملكه أياها فلان ملك النكاح ضروري لان اثباته على الحر حاجة بقاء النسل فكان ملك
النكاح في الأصل مع المنافي وهو حر به المملوكية للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين
لشبهت الحل الأقوى به فيرتفع الاضعف الضروري للاستغناء عنه وهذا ظاهر في ملك الأمة كلها وأما
في ملك بعضها فاقم ملك اليمين مقام الحل لانه سببه احتياط وهذا بخلاف المكاتب إذا اشترى زوجته
لا يقع بينهما فرقة لانه لم يثبت فيها حقيقة ملك لقيام الرقبلة حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح

(قوله وقوله على مامر أراد
به قوله كان الوقوع بذكر
العدد) أقول والظاهر
انه إشارة إلى مامر في باب

(١٠ - فتح القدير ثالث) إيقاع الطلاق (قوله بيانه إلى قوله فإذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين الخ)
أقول ولقائل أن يقول ثبوت ملك اليمين على الأدنى على خلاف القياس أيضا فانه خلق مملوكا فكبرى ممنوعة والحق أن مراد
المصنف غير ما ذكره فليتامر ولو قال وهو على خلاف القياس لحاجة الناس لكان سالما (قوله مقام مقامه تيسيرا) أقول
الأولى احتياطاً

(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاءه مع المنافي لامن وجه) يعني من حيث العدة لأنها أثمرت آثاره فلا يجب مع وجود المنافي والالكان ملك النكاح باقيا من وجه (ولامن كل وجه) يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لامن وجه ولامن كل وجه (٧٤) متعلقا بقوله ولا بقاء وقيل لامن وجه يعني إذا ملكت الشقة ولامن كل وجه

يعنى اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافى وقوله (لا عدة هناك) يعنى فى حق مولاها الذى كان زوجها أى لا يظهـر أثر عدتها بديل حل وطئها وأما العدة فى نفسها فواجبة حتى انه لو أعتقها ليس لها أن تتزوج باخر قبل انقضاء عدتها قال (واذا قال لها وهى أمة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق أو العتق) وهذا الكلام يحتاج الى بيان أنه تعليق مع عدم شئ من أداته وانه تعليق التطليق المذکور دون الطلاق وانه تعليق التطليق بالاعتاق أو العتق اما أنه تعليق فلما ينفى المصنف بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللعكس تعلق به والمذكور يعنى بقوله مع عتق مولاك اياك بمـ هذه الصفة لان الاعتاق من المولى أمر متروك للوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع

(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء) لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لامن وجهه ولا من كل وجهه وكذا اذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هناك حتى حل وطؤها له (ولو قال لها وهى أمة لغيره أنت طالق) فثنتين مع عتق مولاك اياك فأعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة) لانه علق التطبيق بالاغتاق أو العتق لان اللفظ ينتظم هما والشروط ما يكون معدوما على خطر الوجود والحكم تعلق به والمذكور به هذه الصفة

(قوله) ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لامن وجهه (كافي ملك البعض) (ولامن كل وجهه) كافي ملك الكل (وكذا اذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد يقع) وانما قلنا وعن محمد لانه لا فرق بين الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما اذا اعتقته أما اذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا انه لا عدة هناك عليها يعنى منه حتى حل له وطؤها بملك الميتين وظاهره انه يحل تزويجه اياها كاحل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله في الكافي قال لوزوجها سبيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم انه لا يجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي حق غيره روايتان) وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحمل واذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح ينبغي عدم التفصيل لمحمد اذ قد ظهر ان العدة هناك أيضا قائمة غير انما لا تظهر في حق وجهه قول أبي يوسف ان الفرقة متى وقعت بسبب التنافي يخرج المرائن ان تكون محلا للطلاق واذا خرجت من الحلية فاجتألى اثبات الحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا يثبت الحلية ابتداء كافي النكاح الفاسد واعلم ان شمس الأئمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما اذا ملكته بل اجزاء في الفصلين فانه ذكر مسئلة المهاجرة وهى ما اذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهى في العدة على قوله ما لم يقع طلاقه فقال في المبسوط وقيل هذا قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد فاما على قول أبي يوسف الآخر يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم أعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعنى فأعتقته فحكى الخلاف في صورتين (قوله وان قال) أى الزوج لها (وهى أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فأعتقها مملكت الرجعة لانه علق التطبيق) (إذ هو السبب حقيقة بالاغتاق أو العتق لان اللفظ) أعنى العتق (ينتظمهما) أى ينتظم الاعتاق الذى هو فعله والعتق الذى هو وصفها أثره ومعنى الانتظام ههنا صحة ارادة كل منهما به على البديل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمعنى المجازى في إطلاق واحد والاغتاق معنى مجازى للعتق من استعارة اسم الحكم للعله وعلى هذا فاعماله في لفظ اياك على اعتبار ارادة الفعل به اعمال المستعار لا صدر أو على اعتبار اعمال اسم المصدر كما عجبني كلامك زيدا وأما على التجويز الآخر وهو ان يراد العتق الذى هو أثر فشكل لانه قاصر وإنما يعمل في المفعول المتعدى وجعل العامل العتق اسما للمصدر برده الى الوجه الاول لانه يصير معبراً به عن الاعتاق فلم يكن

التعليق

الطلاق مشروطاً وأما أنه يتعلق بالتطليق فلا ينصرف المرء انما ينفذ فيما عليه وهو التطليق دون الطلاق

لكنونه أهم اشعرعالمس داخلنا تحت قدرته وأشار الى ذلك

بقوله والمعلق به التطبيق لان في التعليقات يصير التصرف تطبيقا عند الشرط عند انشاءه على أن الشرط عند نابع عليه العلة الى زمان وجوده كما عرفت في الاصول وأما انه تعليق التطبيق بالاعتاق أو العتق فلما قال لان اللفظ ينظمهما أي يتناولهما على سبيل البدل أما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة لما أن العتق لما لم يتصور في غير القريب (٧٥) الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم

وارادة عتقه وأما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو المقبوط فثبت انه عتق التطبيق بالاعتاق أو العتق واذا كان التطبيق معلقا بالاعتاق أو العتق يوجد بعده لان الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطبيق بعديه ذاتية لكونه حكما فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصافها وهي حرة فلم تحرم بالتنتين حرة غليظة بقي عليه شيء وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشريطة وأجاب عنه بقوله فلما قد تذكرك للتأخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين أحدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الاجمعى الاعتاق فمواجهة الشق الثاني من التردد والثاني أنه على ذلك التقرير يجب أن يقع طلاق من قبل لها وهي أجنبية أنت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى

والمعلق به التطبيق لان في التعليقات يصير التصرف تطبيقا عند الشرط عند ناو اذا كان التطبيق معلقا بالاعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطبيق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصافها وهي حرة فلا تحرم حرة غليظة بالتنتين بقي شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد تذكرك للتأخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط

التعليق الا بالاعتاق فقط والوجه الثاني هو أن لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى الاشكال المذكور في الكافي لحافظ الدين والعجب مما تقل في جوابه من قول من قال ليس بمشكك لانه لما علق التطبيق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وأين هذا من صحة الاعمال وأيضا كان الوجه ان يقول المصنف بالاعتاق والعتق بالاولا باو وحاصل تقرير المسئلة ان مع قد تذكرك للتأخر تزيلا منزلة المقارن لتحقق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كافي الآية ان مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وان كانت حقيقتها بخلافه فيصار اليه بموجب وقد تحقق وهو ان اطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال النكاح وهو على خطر الوجود فان الاناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائن على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجوده حكم هو معنى الشرط فلزم كون الاعتاق أو العتق شرطا للتطبيق فان كان الاعتاق فيوجه التطبيق التنتين بعده مقارنا للتأخر عن الاعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطبيق بعده فيصافها حرة فبذلك الزوج الرجعة وان كان العتق فأنظر هذا تقرير المصنف وقيل عليه العلول مع العلة يقتزمان كالسكر مع الانكسار في الخارج فالعتق مع الاعتاق والطلاق مع التطبيق يقتزمان بل الوجه انه قرن الطلاق بالاعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو ضد الرق ووجود أحد الضدين مستلزم زوال الضد الآخر ولا ينبغي زواله على وجود الآخر اذا لبص ان يقال وجد السكون فزال الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود أحدهما يقتضي زوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق فلا توجب التطبيقان حرة غليظة في الحرية فبذلك الرجعة وهذا ينبغي على أحد القولين في ان العلول مع العلة يقتزمان في الخارج أو يتعقبا بلا فصل وعلى ان حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود بعد تفرقه وعدم خروج مع عن المقارنة وأطبق العقلاء على ان الشيء زمن ثبوته ليس بثابت وأنت قد علمت ان المعنى على خروجهما وتفرق الشرط والجزاء يعقبه اذ ليس هو علة فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق فعل عنده وسند كراما عندنا في العلة والمعلول وأورد على هذا ما لو قال لأجنبية أنت طالق مع نكاحك حيث يأتي فيه التقرير المذكور مع انه لا يقع اذا تزوجها وأجيب بأنه لما منع وهو عدم ملكه ذلك وانما يملك اليمين فاذا لم يذ كر حروفه أعنى ان ونحوه بأن قال ان تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين ومرجع هذا الى انه انما يملك التعليق الصريح قبل النكاح بخلاف ما بعده ولما قل ان يقول الدليل انما قام على ملك اليمين المضافة الى الملك فتعلق بما يوجب معناها كيفما كان اللفظ والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال في الدراية هذا الجواب لم يتضح لي فانه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار

ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجهه النظر الى لفظة العتق ليتين أثره فيما اذا قال لها أنت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب وعن الثاني بأن العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيروا وتعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك

(واذا قال انا جاء غدا فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غدا فانت حرة فجاء الغد) حرمت حرمة غليظة (لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره) وعدتها ثلاث حيض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزوجها ملك الرجعة) كافي المسئلة المتقدمة واعلم أن دليل محمد على ما ذكره في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل (٧٦) الاصلاح بالعناية وأناذا كره بتوضيح تبعاً للمصنف قال (لان الزوج قرن

الايقاع باعناق المولى) معنى يعنى على وجه التعليق (حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى) فكانامة ترينين في ذلك الشرط وهو محجى الغد والعلق بالشرط انما يعقد سبباً عند الشرط فكانا مقترنين في السببية الحكمهما أيضاً (والعتق يقارن الاعناق لانه علقته) والحكم لا يتأخر زماناً عن العلة عند المحققين سواء كانت العلة شرعية أو عقلية (أصله الاستطاعة مع الفعل) كما عرف (فيكون التطبيق مقارناً للعتق) لان التطبيق مقارن للاعناق على ما ذكرنا والاعناق مقارن للعتق والطلاق يقارن العتق لما ذكرناه علقته لا يتأخر عنها فالتطبيق يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله (فتطلق بعد العتق) فاسد لان الطلاق حكم التطبيق لا يتأخر عنه والتطبيق يقارن الاعناق والاعناق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشيء

(ولو قال اذا جاء غدا فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غدا فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزوجها ملك الرجعة) عليها لان الزوج قرن الايقاع باعناق المولى حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى العتق وانما يعقد المعلق سبباً عند الشرط والعتق يقارن الاعناق لانه علقه أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطبيق مقارناً لاعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا اتفقدت ثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلاق والطلاقان تحرمان الأمة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطبيق باعناق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعناق لانه علقه فالطلاق يقارن التطبيق لانه علقه فيقتربان

معنى الشرط فينبغي ان يجعل عليه (قوله ولو قال أى لامرأته الأمة اذا جاء غدا فانت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غدا فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزوجها ملك الرجعة) ولم يذكر الاختلاف على رواية أبي سليمان بل على رواية الشيخ أبي حفص وجه هذه الرواية ان الزوج قرن الايقاع باعناق المولى حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى عتقها والمعلق انما يعقد سبباً عند الشرط (والعتق يقارن الاعناق لانه علقه أصله الاستطاعة مع الفعل) الذى يقام بهما فيقتربان في الخارج (فيكون التطبيق الذى هو السبب مقارناً للعتق المقارن للاعناق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الاولى ولهذا اتفقدت ثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها أمة فكذا الطلاق والطلاقان تحرمان الأمة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى فانه علق التطبيق باعناق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة) ثم رد المصنف قول محمد بقوله (والوجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعناق لانه علقه فالطلاق يقارن التطبيق لانه علقه فيقتربان) أى فيقتربان الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي أمة فتحرر وحقيقة محل الغلط في تقرير قول محمد من جعل العتق شرطاً على ما يعطيه قوله والمعلق انما يعقد سبباً عند الشرط يعنى فلا يعقد التطبيق سبباً الا عند وجود العتق المقارن للاعناق لكنه ليس كذلك بل الشرط محجى اليوم كما هو الشرط في الاعناق فان كانت العلة مع المعالول يلزم ان عند محجى الغد فيقترب كل من التطبيق والاعناق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسبما ينزل العتق وهي أمة فتحرر حرمة غليظة واذ قد بعد هذا التوجيه لمجد وجه توجيهات آخر أحدها انه اعتبر قول القرآن في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الاعناق مندوباً لتعسير سرعة نزوله والتطبيق محظور فيعتبر متأخراً نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفساد يتأخر فيه الى القبض للخطر وتوضيحه انه ينزل عند وجود الغدا للتطبيق والاعناق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعدها وهي حرة وهذه في البين اعلم ان العقلاء اختلفوا في العلة مع المعالول فذهب طائفة الى ان المعالول يعقبها بلا فصل

مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده واذا كان العلتان والمعالولان معا فكم أن الاعناق صادفها وهي أمة فكذلك والجمهور التطبيق والطلاقان تحرمان الأمة حرمة غليظة ونظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكرنا أيضاً ان قوله أنت حرة أو حر من قوله أنت طالق ثنتين وهما إلى الاعناق والتطبيق بوجدان يهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم أو حرهما في الوجود وهو قوله أنت حرة فيصادفها التطبيقان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب لأن قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم أو حرهما قال الله: (فقطاى بعد العتق) أقول قبل أى معه كان المراد بقوله مع عتق مولاه أياً بعد عتق مولاه أو المراد بالعلة الثانية فليست أم

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه (ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) لان الإشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم

والجهور على انه مامع في الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية لجعلها تستعقب المعلول لانها اعتبرت كالاعيان باقية فامكن فيها اعتبار الاصل وهو تقدم المؤثر على الاثر بخلاف نحو الاستقطاع مع الفعل لانها معرض لا يتيقن فلم يمكن اعتبار تقديعها والابقى الفعل بلا قدرة والذي نختاره التوقيف في العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يقب الكسر في الخارج غير انه لسرعة اعتنا به مع قلة الزمن الى الغاية اذ كان آتيا لم يقع تغيير التقدم والتأخر فيها وهذا لان المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من ان تكمل هويته ليقوم به عارضه والالم يكن مؤثرا والله أعلم وثانيه ان المعلق كالمرسل عند الشرط فكان المولى والزوجة ارسلا عنده فيسبق وقوع الاوخر وانت حرة او جز من أنت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية تنسين فلا تحرم بهما وثالثها الماتعة لعلها بشرط واحد طلقت زمن نزول الحرية فيصادفها حرة لاقتراهما وجودا ولان الملك كان ثابتا يتيقن فلا يزول بالشك فلنا التعلق بشرط واحد يقتضي ان يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتغلط الحرية بلا شك فبطل الاخير واطباق العقلاء على ان الشيء زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفى ما قبله والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التكلم من الزمان بل بمجرد نزوله ينزل في اول آن يعقبه لانه نزول حكمه فبطل ما قبله ما ورفع الاثر في البيع الفاسد لما أمكن وهو مطلوب شرعا آخر الى غاية يناسب التأخير اليها اعني القبض الذي له شبهة بالعقد على ما عرفت في الفصل الذي يلي باب المهر اماما نحن فيه فلو أمكن رفعه لم يكن بعد وجود الشرط غاية يناسب اعتبار تأخير ثبوته اليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فائدة في تأخير بل هو محتمل بالاحتياط فبطل الاول

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه (قوله ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) طعن على محمد في لفظ السبابة اذا الاسم الشرعي المسجحة وأجيب بان في بعض النسخ السباحة وبانه وردا بضافي رواية ابن عباس رضي الله عنهما في صفة طه ورواه صلى الله عليه وسلم أدخل السبابتين في أذنيه كما قدمناه في كتاب الطهارة وبأن الاعلام لا توجب تحقق معانيها في سمياتها وهذا منتف فان الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعي الى الشنيع والدفع برواية ابن عباس بناء على ان ظاهر من نقل الحديث باللفظ والاولى كون الاسم الشرعي المسجحة بوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى جلا على نحاي ابن عباس عنه فالاولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها الى التعحيف وان كانت هي أيضا غلط الغة من جهة الاشتقاق لان الفعل سبح وفعال مبالغ في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسجح وأما سباح فانما هو من سبح في الماء سباحة ثم شرع في الوجه فقال (لان الإشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم) يعني لنظ هكذا وهذا غلط لفظا ومعنى أما لفظا فلان التي يكتفي بها عن العدد كذا ولم يستعمل قط بها التشبيه والمستعمل به ما يقصد فيه معاني الاجزاء نحو أهكذا عرشك يقصد بالهاء التشبيه والكاف التشبيه وبذا الإشارة وهذا هو المراد هنا وفي الحديث فقوله أنت طالق هكذا تشبيه بالعدد المشار اليه وهو العدد المفاد كنه بالاصابع المشار اليه بخلاف كذا الكناية فانهم انقصوا فيها معاني الاجزاء بل كلمة مر كبة للدلالة على عديمهم الجنس أو غيره كافي الخبر يقال للبعد اذ كرم كذا وكذا فعلت كذا وكذا ثم عجز هذه ليس الا ما بين الجنس لا الكمية لانها وضعت لقصدها الكمية نحو ملك كذا عباد ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما

فصل في تشبيه الطلاق

ووصفه

ذكر وصف اطلاق بعد

ذكر أصله وتويعه في

فصل على حدة لكونه

تابع (ومن قال لامرأته

أنت طالق هكذا يشير

بالإبهام والسبابة والوسطى

فهى ثلاث لان الإشارة

بالاصابع تفيد العلم بالعدد

في مجرى العادة اذا اقترنت

بالعدد المبهم) لما روى عن

ابن عمر رضي الله عنهما

فصل في تشبيه

الطلاق ووصفه

قال المصنف (اذا اقترنت

بالعدد المبهم) أقول اعترض

بأن الذي يكتفى به عن العدد

المبهم هو لفظ كذا لا هكذا

والتفصيل في شرح ابن

الهمام ويؤيد ما ذكره

عنونة الفصل بقوله في

تشبيه الطلاق

قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا الحديث وان أشار بواحدة فهي واحدة وان أشار بـثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمشورة منها وقيل اذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمل لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقى الاعتبار بقوله أنت طالق (واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة) وقال الشافعي يقع رجعا اذا كان بعد الدخول به لان الطلاق شرع معقب للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغوا كما اذا قال أنت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولذا انه ومعه بما يحتمل لفظه ألا ترى ان البينونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به

(قل النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا) قوله بالجهال على محمد في قوله بالسبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسجعة وأوجب بانه جاء في الحديث السبابة روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما فتوضأ فادخل أصبعيه السبابتين أذنيه فمسح بهما مية ظاهرا وأذنيه وبالسبابتين باطن أذنيه رواه الطحاوي في شرح الآثار وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد وقوله (والاشارة تقع بالمشورة منها) ظاهر وقوله (ولنا انه وصفه) أي وصف الطلاق (بما يحتمل) ألا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به (ولو لم يكن من محتملانه لم يحصل به

فليس هذا استعمالا عربيا وهذا هو غلط المعنى (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ) عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا أمة أمية لا تكتب ولا تحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وهكذا في الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني عام ثلاثين متفق عليه (وان أشار بواحدة فهي واحدة وان أشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمشورة ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف في الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها مشورة فالذي يثبت بالنية منه أن تكون الاصابع الثلاث مشورة فقط حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمل لكنه خلاف الظاهر وقيل ان أشار بظهورها بان جعل باطنها اليه وظاهرها الى المرأة فبالمضمومة وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فبالمشورة وان كان الى الارض فبالمضمومة وقيل ان كان نشرنا عن ضم فبالمشورة للعادة وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المصنف ولا يخفى ان قوله بالايمام والسبابة والوسطى ايسر بقيد (قوله) ولو لم يقل هكذا) يعني قال أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم وعرفت ان الصواب أن يقال لانه لم يقترن بالتنبيه المتقدم (قوله) واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة وقال الشافعي يقع رجعا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك وأحمد لان الطلاق شرع معقب للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغوا لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهم ويقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو وكقوله وهبتك على أن يثبت ملكك قبل القبض أو طالق على أن لا رجعة لي عليك ولنا انه وصف الطلاق بما يحتمل وهو البينونة فانه يثبت به البينونة قبل الدخول في الحال وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بآنية اذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من أن اسم الواحدة لا يحتمل العدد المحض ولو سلم فالفرق أن لا رجعة تصرح ببنى المشروع وفي مستثنائنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا بل يلزم ضمنا ويرد عليه انه لو احتمل البينونة لصحت ارادتها بطالقي وتقدم في ايقاع الطلاق عدم همتها وأوجب بأن عمل النية في الملقوظ لا في غيره ولقظ بائن ما صار ملقوظا بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر اذ ليس معنى عمل النية في الملقوظ الا توجيهه الى بعض محتملانه فاذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية فيه وقد فرض بطالقي ذلك فتعمل فيه النية ولا تكون عاملة بلا لفظ بل رجعا يعطى هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة الى النية وليس كذلك وان قلنا في الجواب عدم همة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تمييز ما علقه الشرع بانقضاء العدة وبه علة المصنف هناك ورد عليه أن تغيير المشروع كما منع من همة النية يجب أن يمنع من همة اللفظ اذا كان مغيرا نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمرأة كطالقي لا وصف

(فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين) واعترض عليه بأنه لو كان محتملا لها الجواز فيها فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة اذا نوى وليس كذلك وأجيب بأن البينة انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله أنت طالق تغير المشروع لان الطلاق شرع معقب بالرجعة ورد بأنه تسليم لدليل انحصم ومحوج الى الفرق بين عدم جواز كون البينة مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع وأجيب بأن الفرق بينهما ان الوصف الملقوظ أقوى في اعتبار الشرع من البينة بدليل أنه لو قال أنت طالق ولم يقدم له تطبيق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغيره مشروع وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلقظ لم يعتبر طلاقا لثلاثا لا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله (ومسئلة الرجعة ممنوعة) أي لان سلم أنه لا يقع بائنا بل تقع واحدة بائنة ولئن سلم فالفرق ان في قوله ان لا رجعة نصر يحاكي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا (٧٩) فيلزم منها ان في الرجعة ضمنا وكم

من شيء ثبت ضمنا وان لم ثبت قصدا كذا فإنه شيخ شيعي العلامة وقوله (فتقع واحدة بائنة) يعني فيما اذا قال أنت طالق بائن (اذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل) أي في باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث انما جعلت لتكونا جنسا وقوله (تطبيقان بائنتان) يعني عندنا وقياس قول الشافعي تطبيقان رجعتان وقوله (لان هذا الوصف) يعني قوله بائن أو البينة يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول أنت بائن أو أنت البينة ونوى به الطلاق وكذا اذا نوى بنية تطبيقية أخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله أنت طالق أنت بائن وكان ينبغي أن يكون

فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ولو عني بقوله أنت طالق واحدة ويقوله بائن أو البينة أخرى تقع تطبيقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع (وكذا اذا قال أنت طالق أخش الطلاق) لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال أخبث الطلاق (أو أسوأ لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة) لان الرجعي هو السني فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن أبي يوسف في قوله أنت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالبينة لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة حبض فلا بد من البينة لا وصف لطالق لكن ذلك منتف لأنه اذا عاها وصفها للردة تقع ثنتان وهو ما ذكره المصنف بقوله ولو عني بأنت طالق واحدة وقوله بائن أو البينة أخرى تقع تطبيقتان بائنتان على ان التركيب خبر بعد خبر لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو أمكن أن يقال الايقاع ببائن وصفها وطالق قربته فاستغنى به عن البينة فلم يبحج اليها كما يحتاج الى البينة لو أفرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ثم بينونه الاولى ضرورة بينونة الثانية اذ معني الرجعي كونه بحيث عليك رجعتا وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية وكل كناية قرئت بطالق يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان (قوله وكذا اذا قال أنت طالق أخش الطلاق) معطوف على أنت طالق بائن في الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينوشيا أو نوى ثنتين والثلاث بالبينة ولو عني بطالق واحدة وبأخش الطلاق أخرى يقع ثنتان وانما وقع البائن لانه أي الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو قطع النكاح في الحال في البائن ومؤجلا بالانقضاء في الرجعي وأقول للفتاوت وهو يحصل بالبينة فانه أخش مما ثبت به مؤجلا أعني الرجعي فصار كقوله بائن وكذا اذا قال أخبث الطلاق أو أسوأ أو أسره أو أخشنه أو أكبره أو أغظمه وأطوله وأعرضه وأعظمه كلها مثل أخشه وسد كرجواب انه لم يقع ثلاث وكذا طلاق الشيطان أو طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلانية لان الرجعي هو السني فيكون البدعي وطلاق الشيطان هو البائن وفي عبارته تساهل اذ ليس الرجعي هو السني بل أعسم لانه لو طلقها في الحيض كان رجعيًا وليس سنيا وعن أبي يوسف في قوله أنت طالق للبدعة لا يكون بائنا الا بالبينة لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في الحيض كما تكون بالبينة فلا بد من البينة ولو قال أقبح الطلاق فعند أبي يوسف

أحدهما رجعيًا لا بقوله أنت طالق الا انما جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثاني يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيًا اذا صار الثاني بائنا وهذا يشير الى أن الاول يقع رجعيًا ابتداء فيمنقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقاءه رجعيًا وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى أن الاول يقع رجعيًا فان أراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان أراد بقاءه رجعيًا فليس بصحيح وقوله (وكذا اذا قال أنت طالق أخش الطلاق) معطوف على قوله أنت طالق بائن في الاحكام الاربعة وهي قوله فتقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين ولو نوى الثلاث فثلاث ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة ويقوله أخش الطلاق واحدة أخرى يقع تطبيقتان

قوله (وأجيب بأن الفرق الى قوله بدليل أنه لو قال أنت طالق الخ) أقول هذا مبني على بقاء قوله أنت طالق على خبرته كما قاله البعض قوله (وهذا يشير الى أن الاول يقع رجعيًا ابتداء فيمنقلب بائنا الخ) أقول وفيه بحث والظاهر ان اطلاق البائن عليه من باب التغايب ووجه الجواز عدم ظهور أثر الرجعي

أو أكبره أو أسوأه
لان الطلاق انما يوصف
بهذا الوصف باعتبار أثره
وهو الينونة في الحال
لا باعتبار ذاته لكونه غير
محسوس وما هو غير
محسوس فانما يعرف بأثره
فصار كأنه قال أنت بائن
فان قيل أخش وأشد
ونحوهما أفعال التفضيل
فيقتضى فاحشا وأخش
والفاحش هو البائن
والأخش منه هو الثلاث
فينبغي أن تقع الثلاث به
نوى أوليئس وأجيب بان
أفعل قديكون لاثبات
أصل الوصف من غير زيادة
كتسوله الناقص والأشج
أعد لابني مروان وهو
مشهور يسمى بالإضافة
بالمعنى الثاني وكلامه
واضح لا يحتاج الى شرح
وذكر الأصل الذي يتنى
عليه أقوالهم وهو أيضا
واضح

قال المصنف (أما الأول
فلانه وصفه بالشدة) أقول
فيه إشارة الى أن الأشد
بمعنى الشديد قال المصنف
(لذكره المصدر) أقول
يعنى تقديرا اذ المعنى طالق
طلاقا أشد الطلاق قال
المصنف (يقال هو ألف
ويراد به القوة) أقول فيه

ان قوة الالف أن لا تحل حتى تنكح زوجا غيره

وعن محمدانه اذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعا لان هذا الوصف قد يتحقق
بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت الينونة بالشك (وكذا اذا قال كالجبل) لان التشبيه يوجب
زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف يكون رجعا
لان الجبل شئ واحد فكان تشبيها به في توحده (ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كالف أو ملء
البيت فهي واحدة بائنة الآن نوى ثلاثا) أما الأول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل
الانقراض والارتفاض أما الرجعي فيحتمل وانما تصح نية الثلاث لذكر المصدر وأما الثاني فلانه قد
يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد أخرى يقال هو كالف رجل ويراد به القوة فتصح نية الامرين
وعند فقد انما يثبت أقلهما وعن محمدانه يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد
ظاهرا فصار كما اذا قال أنت طالق كعدد ألف

رجعي لاحتماله القبح الشرعي والطبيعي بان يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكر وكأنه
الطهر الخالي عن الجماع فجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية ويراد وقت تتفق نفرة الطباع فيه عن
الطلاق وعند محمد بائن جملته على المنهى عنه (قوله) وعن محمدانه اذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق
الشيطان يكون رجعا) لماذا كرنا في وجه الرواية عن أبي يوسف (قوله) وكذا اذا قال كالجبل) لان
التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم فتحصل باثبات زيادة الوصف الينونة (وكذا اذا قال مثل الجبل لما
قلنا وقال أبو يوسف يكون رجعا لان الجبل شئ واحد فكان التشبيه في توحده) يعنى يمكن ذلك فلا
تثبت الينونة بالشك قلنا المعروف الذي هو كالصريح ان التشبيه بالجبل انما يراد في النقل أو العظم
فيثبت المشترقضية اللفظ وتتوقف الوحدة على النية بينه وبين الله تعالى أما القاضى فلا يصدقه فيها
(قوله) ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كالف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة الآن نوى ثلاثا
أما الأول) وهو قوله أشد الطلاق (فلانه وصفه بالشدة) فان قيل بل بالأشدة فيجب وقوع الثلاث وكذا
كل ما كان مثله مثل أقبح الطلاق أجيب بان أفعل يراد به أيضا الوصف كقولهم الأشج والناقص
أعد لابني مروان أى عاد لا هم فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال ولا يخفى ان الاعتبار للظاهر ولذا ثبت
البائن كالجبل مع احتمال ارادة كون وجه التشبيه الوحدة والوجه ان هذا الاحتمال يجعل ظاهرا
لحرمة الثلاث فيصار الى الواحدة البائنة وتتوقف الثلاث على النية ثم قوله (وانما تصح نية الثلاث لذكر
المصدر) فان المعنى طالق طلاقا هو أشد الطلاق والحاصل ان أفعال التفضيل بعض ما أضيف اليه
فكان أشد معبرانه عن المصدر الذى هو الطلاق (قوله) وأما الثاني وهو قوله كالف فقد يراد به
التشبيه في القوة) كما يقال زيد كالف رجل أى بأسه وقوته كبأسهم وقوتهم وقد يراد به التشبيه في العدد
فيصير كالألف على العدد فقال كعدد ألف أو قدر عدد ألف وفيه يقع ثلاث انفاقا فتصح نية كل من
الامرئين وعند فقد انما يثبت أقلهما وعند محمد يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه
في العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد ألف ومعلم ان التشبيه بالعدد ليس له معنى في خصوص
الكيفية والالتقال أنت طالق انما اذا لامعنى لقوله ألف تشبيه هذه الالف فانه يستقيم في الكثرة
أى طالق عددا كثيرا ككثرة الالف والكثرة التى تشبه كثرة الالف ما يقار بها فلا بد ان يزيد على اثنين
فبمع الثلاث قلنا كون التشبيه به في القوة أشهر فلا يقع الاخر الا بالنسبة بخلاف عدد الالف وعلى
هذا الخلاف مثل ألف اما لو قال واحدة كالف فهي واحدة بائنة بالاجماع ولو شبه بالعدد فيما لا عدد
به فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله فعند أبي يوسف رجعية واختاره امام الحرمين من

وقوله (وبيانه في قوله مثل
رأس الابرّة) يقع به واحدة
بائنة عند أبي حنيفة خاصة
على تقدير أن يكون محمد
مع أبي يوسف وقيل
مثل عظم رأس الابرّة يقع
به واحدة بئنة عند أبي
حنيفة وأبي يوسف ومحمد
وقوله (مثل الجبل) يقع
واحدة بئنة عند أبي
حنيفة وزفر ومحمدان كان
مع أبي حنيفة

قال المصنف (ثم الأصل
عند أبي حنيفة رحمه الله
أنه متى شبه الطلاق بشيء
يقع بئنة أي شيء كان
المشبه به ذكر العظم
أولم يذكر) أقول قال
الامام الترمذاني لأن الشيء
قد يشبهه بغيره لعظمه
وقد يشبهه لحقارته والحقير
مكروه عادة والبائن
مكروه فيكون عبارة عن
البائن انتهى فيه ان
الشكل الثاني لا ينتج اذالم
يختلف مقدمته في الكيف
مع أن الحقير قليل الأثر
عادة والرجعي كذلك
فيكون عبارة عن الرجعي
قال المصنف (لما مر ان
التشبيه الخ) أقول قبل
ثانية أسطر قال المصنف
(وعند أبي يوسف رحمه الله
أن ذكر العظم يكون بئنة
والافلا أي شيء كان المشبه
به)

وأما الثالث فلان الشيء قد يعلا البيت لعظمه في نفسه وقد علوه لكثرة فأى ذلك نوى صحت نيته وعند
انعدام النية يثبت الأقل ثم الأصل عند أبي حنيفة أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بئنة أي شيء كان
المشبه به ذكر العظم أولم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند أبي يوسف أن ذكر العظم
يكون بئنة والافلا أي شيء كان المشبه به لأن التشبيه قد يكون في التوحيد والتجريد أما ذكر العظم
فلزيادة لا محالة وعند زفران كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بئنة والافله ورجعي
وقيل محمد مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف وبيانه في قوله مثل رأس الابرّة مثل عظم رأس الابرّة
ومثل الجبل

الشافعية لان التشبيه بالعدد فيما لا عد له لغو ولا عدد للتراب وعند محمد يقع الثلاث وهو قول
الشافعي وأجل أنه يراد بالعدد اذا ذكر الكثرة وفي قياس قول أبي حنيفة واحدة بئنة لان التشبيه
يقتضي ضربا من الزيادة كما مر اما لو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد وعنه في
كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلاث والفرق له بين هذا وبين قوله كالف ان الف موضوع
للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه في النور ولو قال كالثلاث فهي
واحدة بئنة عند أبي يوسف وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث وهذا ضعيف لانه تشبيه
العدد بالعدد في خصوص الكمية وفيه ما ذكرناه آنفا وفي كافي الحاكم لو قال أنت طالق أكثر
الطلاق فهي ثلاث لا يدين فيها اذا قال نويت واحدة اه ولو أضافه الى عدد معلوم النية كعدد شعر
بطن كني أو مجهول النية والاثبات كعدد شعر ايليس أو نحوه تقع واحدة أو من شأنه الثبوت لكنه
كان زائلا وقت الحلف بعارض كعدد شعر ساق أو ساقك وقد تنورا لا يقع لعدم الشرط (قوله وأما
الثالث) هو قوله مل البيت فلان الشيء قد يعلا البيت لعظمه في نفسه وقد علوه لكثرة فأى ذلك
نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الأقل وهو ظاهر (قوله ثم الأصل) الأصل أنه اذا وصف
الطلاق بما لا يوصف به بلغ الوصف ويقع رجعية نحو طلاقا لا يقع عليك أو على ابني بالخيار وان كان
يوصف به فأما ان لا يبنى عن زيادة في أثره كقوله أحسن الطلاق أسنه أجله أعده خيره أكمله أتمه
أفضله فيقع به رجعية وتكون طالقاً للسنة في وقت السنة وان نوى ثلاثاً فهي ثلاث للسنة وفي
مختصر الطحاوي لو قال أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة كانت طالقاً وعلك رجعتها حائضا كانت
أو غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة قال وروي أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أنها طالق
تطليقة للسنة كما لو قال أنت طالق أحسن الطلاق أو يبنى كاشده وأطول به بئنة وأما تشبيهه
فكلمته م على أنه بئنة عند أبي حنيفة أي شيء كان المشبه به كمرأس ابرة وكعبة خردل أو كسمسمه
لاقتضاء التشبيه الزيادة وعند أبي يوسف أن ذكر العظم فكذلك والافرجعي أي شيء كان المشبه به
ولو كان عظيمًا لان التشبيه قد يكون من حيث التوحيد والتجريد والعظم للزيادة لا محالة وعند زفر
ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس قبائش والافرجعي ذكر العظم أولا وبيان الأصول في
مثل رأس ابرة عند أبي حنيفة بئنة وعند أبي يوسف رجعي الا أن يقول كعظم رأس ابرة فينتهذه بئنة
وعند زفر رجعية وفي كالجبل بئنة عند أبي حنيفة وزفر رجعي عند أبي يوسف الا أن يقول كعظم
الجبل ولو قال مثل عظمه فهو بئنة عند الكل وقول محمد قيل مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف هذا
كاه عند عدم النية أما لو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لان الواقع بهم بئنة والبينونة تتنوع
الى غليظة وخفيفة وفي شرح الكنز كالثلج بئنة عند أبي حنيفة وعندهما ان أراد به بياضه فرجعي

وقوله (مثل عظم الجبل) يقع به واحدة بائنة بالاتفاق اما عند أبي حنيفة فلو جرد التشبيه واما عند أبي يوسف فلذا كرر العظم واما عند زفر فلا يكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل في الطلاق قبل الدخول﴾ لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل وله أحكام بجهة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل (اذا قال لغير المموسة أنت طالق ثلاثا وفعن) وقال الحسن البصري يقع واحدة بقوله أنت طالق وتبينهم الى عدة وقوله (٨٣) ثلاثا يصادفها وهي أجنبية فلا يقع به شيء كما لو قال أنت طالق طالق طالق ولنا

ما ذكر في الكتاب وهو لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا يعني قبل هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الخ وانما يقدر المصدر محذوفا لان الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد والمصدر أولى بذلك لدلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله أنت طالق ايقاعا على حدة والارادة عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة

أقول قال ابن الهمام وفي شرح الكنز للزبيعي كالنيل بآئن عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان أراد به بياضه فرجعي وان أراد به برده فبائن انتهى وهذا يقتضي ان أبا يوسف لا يقصر البيئونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا

مثل عظم الجبل (ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة) لان ما لا يمكن تداركه يستدعي عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن أبي يوسف انه يقع به ارجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحمت نيته لتسوق البيئونة على ما مر والواقع به بائن

﴿فصل في الطلاق قبل الدخول﴾ (واذا طلق رجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وفعن عليها) لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا فلم يكن قوله أنت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة

وان أراد به برده فبائن اه وهذا يقتضي ان أبا يوسف لا يقصر البيئونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يبعد كل البعد ان يقع بآئن عند أبي حنيفة لو قال أنت طالق كأعد الطلاق وكأسنه وكأحسنه والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة) لان ما لا يمكن تداركه يستدعي عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الامر طول وعرض (فهو البائن أيضا) وعن أبي يوسف انه يقع به ارجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو (وفي الكافي للحاكم) لو قال أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثا وان نواها لان الطول والعرض يدلان على القوة لكنهما يكونان للشيء الواحد فكأنه قال طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلاث (قوله ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحمت نيته لتسوق البيئونة الخ) أراد بالفصول ما ذكره من قوله طالق بآئن أو البتة أو أخش الطلاق أو أخشه أو أسوأه وطلاق الشيطان والبدعة وأشدّه كألف وممل البيت ومثل رأس ابرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لانها كلها بآئن والبيئونة تنوع الى خفيفة وغليظة وكذا ذكر الصدر الشهيد وقال العتابي الصحيح انه لا تصح نية الثلاث في طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لانه نص على التطليقة وانما تناول الواحدة ونسبه الى شمس الائمة ورجح بأن النية انما تعمل في المحتمل وتطليقة بناء الوحدة لا تحتمل الثلاث

﴿فصل في الطلاق قبل الدخول﴾ لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الاصل لان الاصل حصول غرض الشيء بعد وجوده وقبله بالعارض فقدم ما بالاصل على ما بالعارض (قوله) واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول وفعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا أي تطليقا ثلاثا على ما بينا في الفصل وفي باب ايقاع الطلاق ان الواقع عند أنت طالق مصدر هو وتطليق

يبعد كل البعد ان يقع بآئن عند أبي حنيفة رحمه الله لو قال أنت طالق كأعد الطلاق وكأسنه وكأحسنه انتهى وأنت خير باحتياج صحة التفريع بقوله وكذا الخ الى توجيه

﴿فصل في الطلاق قبل الدخول﴾ قال المصنف (لان الواقع مصدر محذوف) أقول فيه تسامح والمراد هو المصدر المحذوف مع صفته (قوله لدلالة الوصف عليه) أقول يعني بطريق الاقتضاء (قوله والارادة عدد الطلاق وهو غير مشروع) أقول قبل ان أريد الزيادة وقوعا فلان لم ذلك لان الواقع ثلاث لا غير كما اذا قال للدخول بها أنت طالق طالق طالق فان لم يرد الزيادة لم يرد الزيادة

ولا كذلك أنت طالق
 طالق طالق طالق لكونها جلا
 فيكون كل واحد ايقاعا
 على حدة وتبين بالاولى
 ولا تقع الثانية اذا لم يذ كر
 في آخر كلامه ما يغير صدره
 حتى يتوقف عليه لان
 الثانية صادفتها وهي مبانة
 كما لو قال أنت طالق واحدة
 وواحدة (ولو قال أنت
 طالق واحدة فماتت قبل
 قوله واحدة بطل لانه قرن
 الوصف بالعدد فكان
 الواقع هو العدد فاذا
 ماتت قبل ذ كر العدديات
 المحل قبل الايقاع فبطل
 وكذا لو قال أنت طالق ننتين
 أو ثلاثا لم يثبتا أنه قرن
 الوصف بالعدد فكان
 الواقع هو العدد

(قوله ولا كذلك أنت
 طالق طالق طالق لكونها
 جلا الخ) أقول ولك ان
 نقول لم لا يجوز أن يكون
 من قبيل قوله صلى الله
 عليه وسلم فنكاحها باطل
 باطل باطل واحتمال كونها
 جلا لا يحدى تفعا اذا
 الطلاق لا يثبت بالشك مع
 أن الحلف في خلاف الأصل
 والملائي بخال المسلم أن
 لا يمنع الثلاث في وقت
 ثم فائدة ما قلنا نظهر في
 المدخولة فتأمل قال

(فان فرق الطلاق بآلت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة) وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق
 طالق لان كل واحدة ايقاع على حدة اذا لم يذ كر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع
 الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة (وكذا اذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت
 واحدة) لما ذكرنا انها بآلت بالاولى (ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا)
 لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذ كر العدديات المحل قبل الايقاع فبطل
 (وكذا لو قال أنت طالق ننتين أو ثلاثا) لما يثبتا

يثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره وبه دفع قول الحسن البصري وعطاء وجابر بن زيد
 انه يقع عليها واحدة لبيّنونتها بطالق ولا يؤثر العدد شيئا ونص محمد قال اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا
 جميعا فقد خالف السنة وأخبر به وان دخل بها ولم يدخل سواء ثم قال بلغنا ذلك عن رسول الله صلى
 الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين ولا يثبت في قول
 الانشاء ان يكون عند ذ كر العدد يتوقف الوقوع على ذ كر العدد وكونه وصفا محذوف أم لو قال
 أو وقعت عليك ثلاث تطليقات فانه يقع الثلاث عند الكل (قوله وان فرق الطلاق بآلت بالاولى ولم
 تقع الثانية) وذلك كقوله أنت طالق طالق طالق لانه ليس في آخر الكلام ما يغير أوله فيتوقف أوله
 فلم يقع بطالق الاول شيء فان قيل لو قال بالواو طالق وطالق وطالق واحدة وواحدة وواحدة
 فالحكم كذلك مع ان الواو الجمع وهو يغير حكم التفريق اذا اُصل به كالأصل بطالق ثلاثا وحكما
 مختلف لان في التفريق تبين بواحدة فينبغي أن يتوقف الصدر فيقع الثلاث كما قال مالك وأحمد قلنا
 الجمع الذي يبين التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المغيرة كلفظ ثلاثا ونحوه وليس الواو للجمع به اذا
 المعنى بل لجمع المتعاطفات في معنى العامل أعم من كونه على وجه المعية وعلى تقديم بعض المتعاطفات
 بها في تعلق معنى العامل به وتأخره وكل من الجمع بمعنى المعية ومن الجمع بمعنى ترتيب المتعاطفات
 على الترتيب اللفظي وعكسه أفراده ولادلالة للأعم على الأخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية
 بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب في التعلق فلم يكن ذ كرها بالضرورة ذ كر مغير لعدم الدلالة على
 ما يوجب التغير وهو المعية ولان الحكم يتوقف الصدر يتوقف على الحكم بأنها في التركيب للمعية
 واذا علمت انها لا تعرض الا للقدرا المشترك لم يجب اعتبارها للفرد الذي هو المعية بعينه وليس هو بأولى
 من اعتبارها للفرد الذي هو التعاقب في معنى العامل وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين
 بالاولى فلا يقع ما بعدهما غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب فانه دفع ما قيل لو لم يتوقف لعدم اعتبارها
 للمعية لم اعتبارها للترتيب وأما وقوع الثلاث على غير المدخول بها اذا قال أنت طالق احدى وعشرين
 ووقوع الننتين في قوله لها أنت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب ايجاب الواو المعية
 بل لانه أخصر ما يلفظ به اذا أراد الايقاع بهذه الطريقة وهو مختار في التعبير لغة وان لم يكن مختارا في
 احدى وعشرين شرعا لان الشرع لم ينف حكمه اذا تكلم به وذ كر شمس الاثمة في المسئلتين خلاف
 زفر فلا يقع عنده الا واحدة لو جود العطف فيسبق الواقع الاول أم لو قال أنت طالق احدى وعشرين فانه
 يقع الثلاث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلاث عليها اذا قال لها أنت طالق ثلاثا فان شئت فقل
 شئت واحدة واحدة واحدة لان تمام الشرط بآخر كلامها وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء واعتلم
 ان شمس الاثمة حكى عن أبي يوسف ومحمد خلافا في نحو أنت طالق وطالق وطالق ان عند أبي يوسف تبين
 قبل أن يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد بعد فراغه منه لجواز ان يلحق بكلامه شرطاً واستثناء ورجح
 في أصوله قول أبي يوسف أنه ما لم يقع الطلاق لا يفوت المحل فلولا توقف وقوع الاولى على التكلم بالثانية لوقعها
 جميعا لوجود المحل للثلاث حال التكلم بها ولا يخفى ان النظر الى تعليل محمد بتجوز ان يلحقه مغير يفيد

المصنف (اذا لم يذ كر في آخر كلامه ما يغير صدره) أقول سيأتي في هذه العجيفة أمثله

(وهذه) أى هذه المسائل الثلاث وهى قوله أنت طالق واحدة فانت قبل قوله واحدة وكذا الوما انت قبل قوله ثنتين أو ما انت قبل قوله ثلاثا (توافق ما قبلها) وهو قوله وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن (من حيث الدليل) وهوان الواقع فيها جيعاذ كالعديد لا ذ ك الوصف وحده إلا أن الحكم اختلف لما أن ذكر العدد الذى هو الواقع فى هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهى ميتة فلم يقع الطلاق أصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذ ك الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهى منكوحه حية وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار فى صورتين للعدد لا للوصف (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة) اعلم أن كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتأخير فإذا (٨٤) قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة وإذا قال

أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك مبني على أصليذ كرهما المصنف فى الكتاب أحدهما أن الطرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده وإذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثانى ان الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال لأن الاستناد ليس فى سعة فاذا قيل لغير المدخول به أنت طالق واحدة قبل واحدة كان الطرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الأخرى فيقوت المحل وتلغو الثانية وإذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقضى إيقاعها فى الماضى وإيقاع الأولى فى الحال والإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال فيقتريان فى الوقوع والبعدي فى قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضى إيقاع الأولى فى

وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى (ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة) والاصل انه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الطرف ان قرنهما بهاء الكناية كان صفة للذ كور آخر كة وله جاءنى زيد قبله عمرو وان لم يقرنهما بهاء الكناية كان صفة للذ كور أو لا كقوله جاءنى زيد قبل عمرو وإيقاع الطلاق فى الماضى إيقاع فى الحال لأن الاسناد ليس فى وسعه فالقبلي فى قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى قتين بالأولى فلا تقع الثانية والبعدي فى قوله بعد واحدة صفة للآخرى حصلت الابانة بالأولى (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان) لأن القبلي صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقضى إيقاعها فى الماضى وإيقاع الأولى فى الحال غير ان الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال أيضا فيقتريان فيقعان وكذا اذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة لأن البعدي صفة للأولى فاقضى إيقاع الواحدة فى الحال وإيقاع الأخرى قبل هذه فيقتريان (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان) لأن كلمة مع للقران وعن أبي يوسف فى قوله معها واحدة أنه تقع واحدة لأن الكناية تقتضى سبق المكنى عنه لا محالة

ان المراد تأخر ظهور وقت الوقوع فان مقتضاها انما هو انه اذا ألحق نيين عدم الوقوع واذا لم يلحق نيين الوقوع من حين تلفظ بالأول وهذا لا ينفى أبو يوسف فلا خلاف فى المعنى بينهما (قوله وهذه) أى المسائل الثلاث (تجانس ما قبلها من حيث المعنى) وهو فوات المحل عند الإيقاع فلا يقع شئ غير ان فواته فى هذه بالموت فلا يقع شئ كما لو قال أنت طالق ان شاء الله فانت قبل ان يقول ان شاء الله لا يقع عليها شئ وفيما قبلها بالطلاق فيقع الأول دون ما بعده (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل فيه انه اذا ذكر شيئين ودخل بينهما طرفا ان قرنهما بهاء الكناية) أى أضيفت كلمة الطرف الى ضمير الاول كانت صفة للذ كور آخر كجاءنى زيد قبله عمرو وان لم يقرنهما بهاء أضيفت الى ظاهر كجاءنى زيد قبله عمرو كان صفة للأول بالضرورة ولانها حينئذ خبر عنه أما اذا قرن بها ارتفع عمرو المتأخر بالابتداء ويكون الطرف خبره والخبر وصف للبتهاد وحينئذ القبلي فى واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذ كورة فى اللفظ أعنى المضاف اليها لفظة قبل فلا يلحقها الثانية وفى قبلها واحدة صفة للآخرى لانها المبتدأ الخبر بالطرف عنه والجمله موصوف بضمونها واحدة الأولى فقد وقع واحدة موصوفة بقبلي أخرى لها ولا يقدر عليه اذ لم يكن فى الواقع لها وجود سابق على الموقعة فيحكم أن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال فيقتريان فيقعان واذا

الحال وإيقاع الثانية قبلها فيقتريان كما مر وفى قوله بعد واحدة صفة للثانية قتين بالأولى وتلغو الثانية لفوات المحلية (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة وقعت ثنتان) لأن كلمة مع للقران فتتوقف الأولى على الثانية تحقيقا المراده فوقعا معا وعن أبي يوسف فى قوله معها انها تقع واحدة لأن الكناية تستدعى سبق المكنى عنه وجودا وذلك فى الطلاق بالوقوع

قال المصنف (وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى) أقول قال ابن الهمام وهو فوات المحل عند الإيقاع انتهى وهذا مبني على أن يكون ما قبلها اشارة الى ما فى حين فان فرق الطلاق (قوله توافق ما قبلها الى قوله من حيث الدليل) أقول قوله من حيث الدليل متعلق بقوله واننى قوله (وهوان الواقع فيها جيعاذ كالعديد) أقول المراد من المذ كور أى العدد المذ كور

وقوله (وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها) أي فيما ذكر من قبل وبعد (٨٥) بالكسابة وغيره القيام المحلية بعد وقوع الاولى قال (ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة واحدة واحدة فدخلت وقعت عليها واحدة) أقول اذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط أو أخره فان كان الثاني كما اذا قال أنت طالق واحدة واحدة فدخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة واحدة فكذلك عندهما وقال أبو حنيفة يقع واحدة (لها ان الواو للجمع المطلق) وقد دخلت بين الاجزى فيجمع بينهما فيعلقن جميعا وينزلن جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا لان الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو أخر الشرط فان تأخير لا يغير موجب الكلام

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها القيام المحلية بعد وقوع الاولى (ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة واحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة وقال تقع ثنتان ولو قال لها أنت طالق واحدة واحدة وان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين) بالاتفاق لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلاث أو آخر الشرط

كان الطرف لفظا بعد في واحدة بعد واحدة يكون صفة للاولى فقد وقع واحدة موصوفة بأنها بعد أخرى وهو معنى قبلية أخرى لها ولا قدرة على تقديم ما لم يسبق للوجود فيقترنان بحكم ان الابقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقعان وفي واحدة بعدها واحدة وقع واحدة موصوفة ببعدية أخرى لها فوقع الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها وأما اذا قال واحدة معها واحدة أو مع واحدة فلا فرق في الحاصل لان مع للقران فيستوقف الاول على الثاني تحقيقا معناها وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكسابة تستدعي سبق المكني عنه قلنا وقد وجدوهي واحدة التي هي مرجع الضمير اذ قد سبق لفظها غير انه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفرد السابق الحكم الذي هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وان عني سبق وجوده فممنوع ومن مسائل قبل وبعد ما قبل منظوما

في قتي علق الطلاق بشهر * قبل ما بعد قبله رمضان

وصوره ثلاث لانه اما أن يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل أو جميعه بلفظ بعد أو جمع بينهما في الجمع كاليت بلغى قبل بيعد فيقضي شهر قبله رمضان فيقع في شوال وفي نحوه ثلاث صوراً أخرى وذلك لانه لا يتخلل بين ما قبل مرة واحدة ان يتخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرفت حكمه ألا يتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو في شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة ومن انه اذا كرر لفظه بعد مرة واحدة ان يتخلل بينهما قبل قلب البيت وحكمه انه بلغى بعد قبل فيقضي شهر بعده رمضان فيقع في شعبان ألا يتخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع في جادى الآخرة (قوله وفي المدخول بها) يعني ان ما ذكرناه من التفصيل في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو في غير المدخول بها أما في المدخول بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها أي في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد في الزيادات نحو قوله تعالى فتحرر رقبة من قبل أن يتأسلف البحر قبل أن تنفذ كلمات ربي وقول النبي صلى الله عليه وسلم خللوا أصابعكم قبل ان يتخللها نار جهنم وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهر وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن (قوله ولو قال لها) أي لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة واحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة وقال ثنتان ولو قدم الجزاء فقال أنت طالق واحدة واحدة وان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق أي لجمع التعاطفات مما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان عاملاً كجاء زيد وعمر أو لا كزيد وعمر وبكر جاؤا مطلقاً أي بلا قيد معينة أو ترتب بل أهم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال ان دخلت الدار فانت طالق ثنتين وكذا اذا أخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التفرق اللفظي لأثره لانه في حال التكلم يتعلق الطلاق لافي حال التطبيق تحيزاً بخلاف قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة واحدة لانه في حال الابقاع ولا موجب لتوقف الاول فيقع اما هنا فيستوقف فيتعلق الكل دفعة ثم

قال المصنف (وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها) أقول قال ابن الهمام واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكر في الزيادات نحو فتحرر رقبة من قبل أن يتأسلف البحر قبل أن تنفذ كلمات ربي وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع

وكون الشيء قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهر وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن انتهى وفيه تأمل

وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثقتان وعلى اعتبار الثانى لاتقع الا واحدة كما اذا انجز به هذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اُخِرَ الشرط لانه مغير صدور الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف

ينزلن كذلك فيقع الكل ولو سلم التعاقب في التعلق فالتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كالمحصل باء ان تخلها أزمنة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم بعد زمان قال ان دخلت فانت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا وقول المصنف كما اذا نص على الثلاث غير مناسب للصورة وكذا في تعلقن ويقعن (قوله وله ان الجمع المطلق) الذى هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو فى الاستعمال ان يراد من حيث هو فى ضمن القران أو الترتيب وهذا لانه لا يراد فى الاستعمال الخاص الا عام الامن حيث هو فى ضمن أحد أخصائه وعلى الاعتبار الثانى وهو ان يراد بالجمع بوصف الترتيب لا يقع الا واحدة كما اذا انجز الثلاث بالواو غير المدخول بها يقع واحدة ملاحظة هذا الاعتبار وبلغوا ما بعدها لقوات المحل فهكذا هذا لانه حينئذ يكون المراد ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها واحدة أخرى وبعدها أخرى ويقوت المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل ولا تتعين لاحد الجائزين ونزول الطلاق عند الشرط لا بد منه فننزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك وتقرر بالاصول ان الاول تعلق قبل الثانى لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثانى بواسطة والثالث بواسطة ما فينزل على الوجه الذى وقع عليه التعلق بخلاف مسألة تكرار الشرط لان تعلق الثانى بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كلامهم ما جملة مستقلة فتعلق بالشرط الواحد طلاقات ليس منها شئ بواسطة شئ فينزلن جميعا عند الشرط وبخلاف ما اذا تقدم الجزاء لان تأخر الشرط موجب لتوقف الاول لانه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فينزل دفعة ونقض بما لو قال غير المدخول بها ان دخلت فانت طالق واحدة لا بل نتين فدخلت يقع ثلاث ولو انجز بهذا اللفظ وقع واحدة وأجب بان لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثانى بدل الاول ولا يمكن فى الطلاق فيتعلق الاول ويصح تعلق الثانى لبقاء محل التعلق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كأنه أعاد الشرط لتعلق نتين وجعله يمينين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا انجز لانها بان بالاولى فلم يبق محل لا يقع التثنية وقوله تعلق الثانى بواسطة تعلق الاول ان اريد انه علة لتعلقه فممنوع بل علة جماع الواو اياه الى الشرط وان اريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثانى لم يلزم كون نزوله علة لنزوله اذ لا تلازم بخلاف كونه علة لتعلقه فيتقدم فى التعلق وليس نزوله علة لنزوله بل اذ تعلق الثانى بأى سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقرر بان مصنف وجه الله أقرب ولا يرد عليه مسألة الايمان فان قيل قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بأنه لا شك فى تعلق الكل سواء كان بطريق المعية أو الترتيب فيجب أن تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذى يراد بالواو يقتضى كإقرارنا ان وقوع كل مقدم جزء بشرط وقوع المتأخر فان معناه ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها أخرى وتليها أخرى فلا يقع متأخر الابدع ووقوع المتقدم نصار الدخول بشرط كل متأخر بخلاف الترتيب الذى اتفق فى الايمان فانه ليس الشرط فى الكل الا بشرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام شرط كل معلق من الطلاقات الثلاث وعلى هذا الخلاف ما لو قال غير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق وأنت على كظهر أمى والله لا أقربك أربعة أشهر فدخلت طلقت وسقط الظهار عنده والابلاء لى ببق الطلاق فتبين فلا تبقى محلا للظهار والابلاء وعندهما هو مطلق مظاهر مول ولو قال لا جنبية ان تزوجت فانت طالق وأنت على كظهر أمى والله لا أقربك أربعة أشهر فتزوجت وجهان على الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والابلاء فقال والله

وله ان الجمع المطلق يحتمل الترتيب والترتيب لان تحفة في الخارج لا يمكن الا بأحد الوجهين وعلى اعتبار الاول تقع الجملة وعلى اعتبار الثانى لاتقع الا واحدة كما اذا انجز بهذه اللفظة بان قال لها أنت طالق واحدة واحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان فى الزائد على الواحدة شك فلا يقع بخلاف ما اذا اُخِرَ الشرط لانه مغير صدور الكلام عن التخيير الى التعلق وكل ما كان كذلك يتوقف فيه مصدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف وقوعه على الترتيب وبانت بالاولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب

قوله (وقع على الترتيب وبانت بالاولى) أقول لم يلل المراد انه يحتمل ذلك فلا يقع بالشك حتى لا يخالف اخر كلامه اوله

ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح (وأما الضرب الثاني وهو الكنيات لا يقع بها الطلاق إلا بالنسبة أو بدلالة الحال)

لأقربك وأنت على كظهر أمي وأنت طالق فتزوجها وقع الكل أما عندهما فلا إشكال وأما عنده فلسبق الإيلاء ثم هي بعده محل للطلاق فتطلق (قوله ولو عطف بحرف الفاء) فقال أي لغبر المدخول بها أن دخلت فأنت طالق فطالق فدخلت (فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فعنده تبيين واحدة ويسقط ما بعدها وعنده ما يقع الثلاث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فليكن عنهما (وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق وهو الأصح) لأن الفاء للتعقيب فصارت كتم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلاقه ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعده ما وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقين فيقع بعدهما على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف لا في حنيقة وهذا لأنه يصير المعنى أن دخلت فأنت طالق واحدة وبعد ها أخرى ولو عطف بتم وأخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق أن دخلت فإن كانت مدخولا بها فعنده يقع في الحال ثنتان وتعلق الثالثة بالشرط لأنها السراخي وكما باعتبار في اللفظ والمعنى فكأنه فصل بسكوت ولو سكت وقع الأول ولا يتوقف ليتعلق فكذلك هنا وإذا وقع الأول بقيت محلا فتعلق الثانية وتعلق الثالثة بدخولها الدار وإن كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لا تنفاه محليتها وإن قدم الشرط فقال إن دخلت فأنت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخول بها تعلق الأول ووقعت الثانية والثالثة وإن لم تكن مدخولا بها تعلق الأول ووقع الثاني ولغا الثالث والوجه بعدم معرفة الأصل ظاهر وعندهما تعلق الكل بالثاني قدمه أو أخره إلا أن عند وجود الشرط يقع الثلاث إن كانت مدخولا بها وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أو أخره فأثر التراخي يظهر عنده في التعليق كأنه سكت ثم تكلم وعندهما في الوقوع عند الشرط ولولم يعطف أصلا بأن قال إن دخلت فأنت طالق واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لأنه إنما تعلق الأول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه (قوله وأما الضرب الثاني وهو الكنيات) لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيان الكنيات وقدم الصريح أذهو الأصل في الكلام لأنه وضع للفهام فما كان أدخل وأظهر فيه كان أصلا بالنسبة لما وضع له وعين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتراكه في المعنى كان الكنية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه وانما لم يعرف المصنف الكنية كما عرف الصريح بل ابتدأ فقال (وهو الكنيات لا يقع بها الطلاق إلا بالنسبة) إلى آخره لاشتهار أنها ضد الصريح وحين عرفه علم أن الكنية مالم يصدق عليه تعرفه مع أنه يؤخذ رسمهما من تعليله حيث قال أنها تحتمله وغيره فكان الكنية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم أن يستفسر عن مقصوده بما إذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فإن القاضي يعتبرها ولا يصدق في ادعاء فأنه ينصرف إلى ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فإنها بما يحكم بإرادته مقتضاها شرعا كما في البيع بالدرهم المطلقة فأنه ينصرف إلى غالب نقد البالد بدلالة الحال وكذا إذا أطلق الصرورة نية الحج ينصرف إلى نية الحج الفرض والحاصل أن النسبة باطنة والحال ظاهرة في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في انكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء وأما فيما بينه وبين الله تعالى في صدقه الله سبحانه إذ أنوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المصنف لا يقع بها الطلاق إلا بالنسبة أو بدلالة الحال يحتمل على حكم القاضي بالوقوع أما في نفس الأمر فلا يقع إلا بالنسبة مطلقا ألا ترى أن أنت طالق إذا قال أردت عن وثاق لا يصدق وفيما بينه وبين الله هي زوجته إذا كان نواه

وقوله (ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فإنه جعل العطف بالواو والغناء سواء وقال إن حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا كما في صورة الواو وسواء قدم الشرط وأخره عندهما خلافا له (وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح) قال (وأما الضرب الثاني وهو الكنيات) لما فرغ من الضرب الأول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنيات الكنية ما استتر المراد به وحكمها أنه لا يجب العمل بها إلا بالنسبة أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال

ما يكون الواقع به واحدة
رجعية وما يكون واحدة
بأينة فالاول ثلاثة ألفاظ
هي اعتدى واستبرئ
رجل وأنت واحدة ولا بد
لكل واحدة منهما من احتمال
معنيين حتى يحتاج الى
التعيين بالنية أو بما يقوم
مقامهما من دلالة الحال وقد
ذكر المصنف في كل واحد
منها ذلك وكلامه فيه
واضح وقوله (لأن قوله
أنت طالق فيها) أى في هذه
الالفاظ الثلاثة (مقتضى)
أى ثابت بالاقتضاء في قوله
اعتدى واستبرئ كما أشار
إليه في قوله فيقتضى
طلاقا سابقا لان الأمر
بالاعتداد بغير طلاق غير
صحيح فلا بد من تقدير
الطلاق سابقا وقوله (أو
مضمر) يعنى في قوله أنت
واحدة

(قوله لأنها غير موضوعة)
أقول أى غير متعينة فيه
بدليل بل تحتمله وغيره قال
المصنف (فيقتضى طلاقا
سابقا) أقول يعنى ان كان
بعد الدخول وان كان قبله
يكون مستعارا عن الطلاق
لأنه سببه في الجملة وان لم
يكن سببها في هذه الحالة
قال المصنف (ونحن
الاستبراء ليطلقها) أقول
يعنى اذا علم خلوه من الولد
قال المصنف (لأن قوله أنت

لأنها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالة قال (وهى على ضربين منها
ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعى ولا يقع بها الا واحدة وهى قوله اعتدى واستبرئ رجلك وأنت
واحدة) أما الاولى فلائها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل الاعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول
تعين نيته فيقتضى طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة وأما الثانية فلائها تستعمل بمعنى الاعتداد
لأنه تصریح بما هو المقصود منه فكان بمنزلة وتحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلائها تحتمل
ان تكون نعتا للمصدر محذوف معناه تطلقه واحدة فاذا نوا جعل كائنه قاله والطلاق يعقب الرجعة
ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده أو عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج
فيه الى النية ولا تقع الا واحدة لان قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا
واحدة فاذا كان مضمرأولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة
ينافى نية الثلاث

(قوله لأنها غير موضوعة للطلاق) بل موضوعة لما هو أعم منه أو من حكمه والاعم في المادة الاستعمالية
يحتمل كلاهما صدقانه ولا يتعين أحدهما إلا بعين والمعنى في نفس الامر هو النية وبالنسبة الى القاضى
دلالة الحال فان لم تكن قد عواها ما أراد وانما قلنا أعم منه ومن حكمه ولم نقل أعم منه لما سئذ كمن انهم لم يردعا
سوى الثلاث الرجعية اعتدى استبرئ أنت واحدة الطلاق أصلا بل ما هو حكمه من البيونة من النكاح
وعلى هذا فقول المصنف بل تحتمله وغيره تساهل لان محتملات اللفظ تستعمل فيها وسنشير الى انه لم يردعا
الطلاق ونقره والجواب ان المراد تحتمله متعلقا بعناها أو واقعا عنده فتدخل الثلاث الرجعية (قوله
وهى) أى الكنايات (على ضربين) هذا انقسم للكنايات وهى تنقسم أولا بحسب ما هى كناية عنه وثانيا
باعتبار الواقع بها وما ذكره المصنف هى القسم الثانية أما الاولى فتقسم الى ما هو كناية عن حكم
الطلاق والى ما عن تفويذه الثانى لفظان اختارى وأمرك بيدك لا يدخل في يدها الابنية الطلاق فلا
يقع الا بقوله بعد نيته طلقت نفسى واخترت نفسى والاول ما سواهما وينقسم الى ما يقع به البائن وهو
ما سوى الالفاظ الثلاثة وسئذ كرافقه والى ما يقع به الرجعى وهى الالفاظ الثلاثة اعتدى واستبرئ
رجلك وأنت واحدة ثم لا يقع به الا واحدة أما الاولى أى كون الاولى وهى كلمة اعتدى كناية فلائها
تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين وبقتضى طلاقا سابقا
والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى ان القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما اذا قاله بعد الدخول أم قبله فهو
مجاز عن كوفى طالق باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب ليردان شرطه اختصاص المسبب
بالسبب والعدة لا تختص بالطلاق لثبوتها فى أم الولد اذا اعتقت ويحجب بان ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب
ثبوتها فى الطلاق وهو الاستبراء لا بالاصالة وهو غير دافع لسؤال عدم الاختصاص واعلم انه كما يجب
كونها مجازا عن كوفى طالق فى غير المدخول بها يجب كون استبرئ رجلك كذلك فى المدخول بها
اذا كانت آيسة أو صغيرة وما فى النوار من ان وقوع الرجعى بها استحسان لحديث سودة يعنى أنه
صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدى ثم راجعها والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيدا بل ثبوت
الرجعى بها قياس واستحسان لان عليه البيونة فى غير الثلاثة منتفية فيها فلا يتجه القياس أصلا نعم
الاعتداد يقتضى فرقة بعد الدخول وهى أعم من رجعى وبائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل
يتعين الاخف لعدم الدلالة على الزائد عليه وأما الثانية وهى كلمة استبرئ رجلك فلائها تصریح بما هو
المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئ لاني طلقك أو لا طلقك يعنى اذا علمت خلوه
عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثانى لا فلا بد من النية ولا يخفى انها أيضا قبل الدخول مجاز عن كوفى

ولامعتبر بأعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لأن العوام لا يعيزون بين وجوه الأعراب قال
(وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بآئنة وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا وإن نوى ثنتين
كانت واحدة

وقوله (ولامعتبر بأعراب
الواحدة عند عامة المشايخ)
يعنى سواء قال أنت طالق
واحدة بالنصب أو بالرفع
أو بالسكون فقوله (هو
الصحيح) اخترا عن قول
بعض المشايخ يقع الطلاق
إذا نصب الواحدة وإن لم
ينولكونه صفة لاطلقة
أما إذا رفعها فلا يقع وإن
نوى لأنها حينئذ تكون
صفة شخصها وقيل هو
قول محمد وعند أبي يوسف
يقع في الأحوال كلها لأن
نية الطلاق تعرب عن
الغرض وإن أخطأ في
الأعراب وإن أسكن فهو
محتاج إلى آئنة لاحتمال
المعنيين والصحيح أن الكل
سواء (لأن العوام
لا يعيزون بين وجوه
الأعراب) والثاني هو
بقية الكنايات وهي
المذكورة في الكتاب (إذا
نوى بها الطلاق كانت
واحدة بآئنة وإن نوى ثلاثا
كان ثلاثا وإن نوى ثنتين
كانت واحدة) أما وجوب
النية فلما ذكرنا من احتمال
الطلاق وغيره

طالفا كاعتدى وكذا في الآئنة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه وأما الثالثة وهي أنت واحدة فلا تنها
تحتمل أن تكون نعتا للمصدر محذوف معناه تطلقه واحدة فإذا نواها فكانت واحدة قاله يعنى إذا نواها مع الوصف
المذكور فكانت واحدة لظهور أن مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره
نحو أنت واحدة عندى أو نوى قومك مداوذا فقد ظهر أن الطلاق في هذه الألفاظ الثلاثة مقتضى كما هو
في اعتدى استبرئ رجلك لأنه يقع شرعا بها فهو ثابت اقتضاء ومضمر في واحدة ولو كان مظهرا لا يقع
الأواحدة فإذا كان مضمرا وأنه أضعف منه أولى أن لا يقع إلا واحدة وفي واحدة إن صار المصدر مذكورا
بذكر صفة لكن التخصيص على الواحدة يمنع إرادة الثلاث لأنها صفة للمصدر المحذوب بالهاء فلا يتجاوز
الواحدة واعتراض بعضهم على قوله يحتمل أن يكون نعتا للمصدر محذوف أى تطلقه واحدة بأن فيه
تكلفا غير محتاج إليه بل يحتمل أن يراد به منفردة عن الزوج ساقطة لأنه لا يدفع احتمالها لما ذكره المصنف
والتطبيق بالمصدر للمفوظ به شائع في طلاق العرب منه ما تقدم منه من الشعر القائل
فأنت طلاق والطلاق عزيمة * إلى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الأربعة اذهبن فأتين
الطلاق أو طلاق وكثير بخلاف التطبيق بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان احتمال أنت واحدة
للمصدر أظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فضلا عن تعين الثاني (قوله ولامعتبر بأعراب الواحدة
عند عامة المشايخ هو الصحيح) اخترا عنما قال بعضهم إن رفع الواحدة لا يقع شيء وإن نوى وإن نصبها
وقعت واحدة وإن لم ينول لأنها حينئذ نعت للمصدر أى أنت طالق تطلقه واحدة فقد أوقع بالصرح وإن
سكن احتج إلى آئنة وجه الصحيح أن العوام لا يعيزون بين وجوه الأعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع
إلى العامة عليه ولأن الرفع يجوز لكونه نعتا لطلقة أى أنت طلقة واحدة والنصب يجوز لكونه
نعتا للمصدر آخر أى أنت متكلمة كلمة واحدة وهذا الوجه يميم العوام والخواص ولأن الخاصة
لا تلتزم التكلم العرفي على صحة الأعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ولذا ترى أهل العلم في مجاري
كلامهم لا يقيونه (قوله وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بآئنة فإن نوى الثلاث كانت
ثلاثا وإن نوى ثنتين كانت واحدة) وفي هذا الاطلاق نظر بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى
الثلاث فقد ذكر في أنابري من طلاقك يقع رجعي إذا نوى بخلاف ما إذا قال من نكاحك قاله ابن سلام
وفي الخلاصة اختلف في برئت من طلاقك إذا نوى والأصح يقع رجعا والوجه عندى أن يقع بأثلاث لأن
حقيقة تبرئته منه تستلزم عجزه عن الإيقاع وهو بالبينونة باتقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الإيقاع
أصلا وبذلك صار كناية فإذا أراد الأول وقع وصرف إلى إحدى البينونتين وهي التي دون الثلاث وكذا
في قوله الطلاق عليك يقع بالنية وفي هبتك طلاقك إذا نوى يقع رجعا وكذا قالوا في بعتك طلاقك إذا
قالت اشترت من غير بدل ثم في الهبة إذا لم تكن نية تطلق في القضاء ولو قال نويت أن يكون في
يدها لا يصدق وأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى فإن طلقت نفسه في ذلك المجلس طلقت
والأقهي زوجته هذا إذا ابتداء الزوج فلما بدأت فقالت هب لي طلاقا تريد أعرض عنه فقال وهبت
لا يقع وإن نوى لأنه جوابها فيما طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب أن يقع إذا نوى لأنه لو ابتدأه ونوى
وقع فإذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب وأخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو أدري بنفسه ونيته
ووقع رجعا في خدي طلاقك وأقرضتك وكذا في قد شاء الله طلاقك أو قضاه أو شئت يقع بالنية رجعي

الآن يكون في حال هذا كره الطلاق فان القاضي يحكم بالفروع وان ادعى الزوج عدم النية وأما جواز نية الثلاث فلان الواقع بها اذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمرأة للحال ولا اتصالها وجهان انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى الحل فيستعدد مقتضى بتعدد مقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمستثنى بعزل عن ذلك قال المصنف (سوى) يعنى القدورى (بين ألفاظ الكنيات) في وقوع الطلاق بلانية حال هذا كره الطلاق (٩٠) وليس على اطلاقه بل انما ذلك (فيما لا يصلح ردا) فلا بد من بيان وبين بقوله (والجمله في

ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحال هذا كره الطلاق) بان تسأله عن ذلك (وحالة غضب الزوج والكنيات على ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا) وهو سبعة أخرجه اذهبى اعزبى قويمى تقضى استتري تخمري أما ملاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله أخرجه اتركى سؤال الطلاق وكذلك اذهبى واعزبى وقويمى واما تقضى فمن القناعة وقيل من القناع وهو الخمار ومعنى الرد فيه هو أن ينسوى واقضى بما رزقك الله منى من أمر المعيشة واطركى سؤال الطلاق واشتغلى بالتقاع الذى هو اهم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استتري وتخمري لانهم ما من الستر والتجار (وما يصلح جوابا لاردا) ثمانية ألفاظ خلية بربية بائنة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى والخمسة الاولى تصلح للسب والشتيمة أيضا اذا عرف هذا ففي حالة الرضا لا يكون شئ منها طلاقا

وهذا مثل قوله أنت بائن وبئنة وبئنة وحرام وجعلك على غاربك والحقى باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وانت حرة وتقضى وتخمري واستتري واغزبى واخرجى واذهى وقويمى وابتنى (الازواج) لانها تختمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال (الآن يكون في حال هذا كره الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه) قال رضى الله عنه (سوى بين هذه الالفاظ وقال ولا يصدق في القضاء اذا كان في حال هذا كره الطلاق) قالوا (وهذا فيما لا يصلح ردا) والجمله في ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة هذا كره الطلاق وحالة الغضب والكنيات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لاردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون شئ منها طلاقا الا بالنية فالقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة هذا كره الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية بربية بائنة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبى اخرجى قويمى تقضى تخمري

(قوله) وهذا مثل قوله أنت بائن وبئنة وبئنة وحرام وجعلك على غاربك والحقى باهلك) بوصل المهمة (وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وانت حرة) واعتقتك مثل أنت حرة (وتقضى وتخمري واستتري واغزبى) بالعين المعجمة والراء المهملة والعين المهملة والزاي (واخرجى واذهى وقويمى وابتنى (الازواج) لانها تختمل الطلاق وغيره) وتقرير المحتملات غير خاف وجعلك على غاربك تغيب لانه تشبيه بالصورة المتزعمة من أشياء وهي هيئة الناقة اذا اراد اطلاقها للرعى وهي ذات رسن فالتى الطبل على غاربها وهو ما بين السنام والعنق كى لاتعقل به اذا كان مطر وحافس به هذه الهيئة الاطلاقية الطلاق المرأة عن قيد النكاح أو العمل أو التصرف من البيع والشراء أو الاجارة والاستتجار وصار كناية في الطلاق لتعدد صور الاطلاق وفي وهبتك لاهلك اذا نوى بيعه وان لم يقبلوها لانه يجب كون وهبتك لاهلك مجازا عن رد ذلك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهي البينونة فلا يحتاج الى قبولهم اياها في ثبوت البينونة والحقى باهلك منسلة في صيرورتها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لا بيدك اولائك منسلة بخلاف الاحاب (فلا بد من النية) أى في الحكم بوقوع الطلاق (الا ان يكون في حالة هذا كره الطلاق) وهو حال سؤالها الطلاق أو سؤال أجنبي (فيقع في القضاء) وان قال أردت غير الطلاق (ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه) ويستثنى منها اختارى لما نذكر وأمرك بيدك قال المصنف (سوى) أى القدورى (بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق حال هذا كره الطلاق في القضاء) اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وهكذا فعل شمس الأئمة في المبسوط والمسايح كفخر الاسلام وغيره (قالوا وهذا) أى كونه لا يصدق اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق انما هو (فيما لا يصلح ردا) أما ما يصلح فيه صدق اذا ادعى الردم استأنف تقسيمها بطا فقال الاحوال هنا ثلاثة حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضا وحالة هذا كره الطلاق وهي ما قدمنا وحالة الغضب والكنيات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق أى التخليق ويصلح ردا له وما يصلح جوابا ولا يصلح ردا له وما يصلح جوابا وشتما ففى

الابانية لما قلنا ان هذه الالفاظ تختمل الطلاق وغيره فلا بد من النية بتعين أحد المحتملين والقول قوله في انكار النية حالة مع عينه وفي حالة هذا كره الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم أنو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر

قال المصنف (وأمرك بيدك) أقول لا ينبغي عليك ان قوله أمرك بيدك كناية عن التفويض فلا يناسب ذكره المقام ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم انه يقع به الطلاق وأفتى به وحرم حلالا لانه قد باه الله تعالى

وما يجرى هذا المجرى لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك
لاحتمال الرد والسبب الأفيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدى واختارى وأمرتك بيدك
فأنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق وعن أبي يوسف

حالة الرضا يصدق في الكل إذا قال لم أرد الطلاق لأنه لا ظاهر يكذبه وفي حالة المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما
يصلح جواباً بالردا كخليفة بربية بنته بتله حرام وما يجرى مجراه أن يحتمل خليفة من الخير بربية منه
ويصدق فيما يصلح له وللرد مثل أخرجني أذهبني أفلحني تقول العرب أفلح عني أي أذهب عني أغربني
قومي تقتني ومراذفها كاسترتي وتحمري ومعنى الردي في هذه أي اشتغلي بالتفنع الذي هو أنفع لك من
القناع وكذا أخوا ويحوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جواباً بالردا
وما يصلح جواباً وشتمية لردا كخليفة بربية بنته بتله حرام وما يجرى مجراه أن يحتمل خليفة من الخير بربية منه
بنته بتله أي مقطوعة عنه ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدى اختارى أمرتك
بيدك استرتي وعرف مما قدمنا أن اختارى أمرتك بيدك لا يقع بهما الطلاق إلا بإقاعها بعده وانما
هما كتابتان عن التفويض حتى لا يدخل الأمر في يدها إلا بالنية واعلم أن حقيقة التقسيم في الأحوال
قسمان حالة الرضا وحالة الغضب وأما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لا تصور سؤالها
الطلاق إلا في إحدى الحالتين لأنهما ضدان لا واسطة بينهما فتعبر التقريران في حالة الرضا المجرد عن
سؤال الطلاق يصدق في الكل أنه لم يرد الطلاق وفي حالة الرضا المسؤول فيها الطلاق يصدق فيما يصلح رداً
أنه لم يرد وفي حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سباً أو رداً أنه لم يرد به إلا السب
أو الرذ ولا يصدق فيما يصلح جواباً فقط وفي حالة الغضب المسؤول فيها الطلاق يجمع في عدم تصديقه في
التمتع جواباً بسبب المذاكرة والغضب وكذا في قبول قوله فيما يصلح رداً لأن كلاماً من المذاكرة
والغضب يستقل بآثبات قبول قوله في دعوى عدم إرادة الطلاق وفيما يصلح للسبب ينفرد الغضب بآثباته
فلا تتغير الأحكام وحينئذ فالأولى أن تعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيد الغضب والمذاكرة (قوله
وعن أبي يوسف الخ) الحق أبو يوسف بالتي تحتمل السب ألقاظاً أخرى وهي لا ملك لي عليك لاسبيل لي
عليك خليت سبيلك فارتقت فهذه أربعة ألقاظ ذكرها أبو الولعي وذكرها العنابي خمسة لاسبيل لا ملك
خليت سبيلك الحق بأهلك حبلك علي غاربك وفي الإيضاح وشرح الجامع الصغير لشمس الأئمة ذكر
خمس هي هذه إلا أنه ذكر مكان حبلك علي غاربك فارتقت فتم ستة ألقاظ ووجه احتمالها السببان
لا ملك لي يعني أنت أقل من أن تنسب إلي بالملك ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارتقت
والحق بأهلك وحبك علي غاربك أي أنت مسيئة لا يشتغل أحد بتأديك إذ لا طاقة لأحد بممارستك
وفي رواية جامع غفر الإسلام والقوائد الظهيرية أن أبا يوسف ألحقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب
كما لا يدين في المذاكرة وهي اعتدى اختارى أمرتك بيدك وفي شرح مختصر الكرخي قال أبو حنيفة
لا سبيل لي عليك تقتني استرتي أخرجني أذهبني قومي تزوجني لا تكاح لي عليك يدين في الغضب لأن هذه
الألقاظ تدكر للإبعاد وحالة الغضب يبعد الإنسان عن الزوجة فيه وكذا في حال ذكر الطلاق وهذا لأن
لا سبيل لي عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للاستناع عن الطلاق وانطلق وانتقل كالحق ولارواية
في أعرنتك طلاقك ظاهرة وعن أبي يوسف يقع خلافاً للمحد وفي التوازل عن أبي حنيفة يصير الطلاق في
يدها لأنه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطلق إن شئت كما كان للزوج ولو قال طلاقك علي لا
يقع أصلاً وروى الحسن عن أبي حنيفة لو قال وهبتك لبيك أو لبيك أو لألا زواج فهو طلاق لأن المرأة

أن مراده الطلاق عند
سؤال الطلاق والحاكم
أنما يستتبع الظاهر ويصدق
فيما يصلح جواباً بالردا وهو
الألقاظ السبعة المتقدمة
وقوله (وما يجرى هذا
المجري) يرديه مثل أغربني
واسترتي لأنه احتمال الرد
وهو الأدنى فحمل عليه
وفي حالة الغضب يصدق
في جميع ذلك يعني أقسام
الكنايات لاحتمال الرد أو
السبب الأفيما يصلح للطلاق
ولا يصلح للرد والشتم وهو
ثلاثة ألقاظ اعتدى
واختارى وأمرتك بيدك
فأنه لا يصدق فيها لأن
الغضب يدل على إرادة
الطلاق

في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها
من احتمال معنى السب

وعن أبي يوسف انه اذا قال
في حالة الغضب لا ملك لي
عليك ولا سبيل لي عليك
وخليت سبيلك وفارقتك
وقال لم اتوا بالطلاق صدق لما
فيه من احتمال معنى السب
وهذه أربعة ألفاظ وقيل
خمس ألفاظ خامسها الحق
بأهلك الحقها أبو يوسف
بالخمس المذكورة المتحملة
للسب من حيث احتمالها
السب فان قوله لا ملك لي
عليك يحتمل أن يكون معناه
لأنك أقل من أن تنسب الي
ملكي أو أنسب اليك بالملك
ولا سبيل لي عليك لسوء
خلقك واجتماع أنواع
الشريفك وخليت سبيلك
لقد ذارتك وفارقتك في
المضجع لذفرك وعدم
نظافتك والحق بأهلك لأنك
أوحش من أن تكون في
خليتي

ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لا خلتك أو خالتك أو عمتك أو لفلان الاجنبي ونحوه لم يكن طلاقا وان
نوى لانها لا ترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبي فقال اذهبي فيبيعي ثوبك لا يقع عند أبي يوسف خلافا
لرفرلان اذهبي بعمـل فيه نية الطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولا يبي يوسف ان
معناه عادة لأجل البيع فكان سريحا بخلاف الذوى ومن الكنايات تنجي عنى واختلف في لم يبق بيني
وبينك عمل قيل يقع اذ انوى وقيل لا ومثله لم يبق بيني وبينك شيء وفي أربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع
بالتنية إلا أن يقول خذي أيها شئت ثم عن محمد في رواية أسديقع ثلاث وقال ابن سلام أخاف أن يقع
ثلاث لمعاني كلام الناس كأنه يريد ان مراد الناس عنه له اسلكى الطرق الأربعة والألفاظ انما يعطى
الامر بسلوك أحدها والأوجه أن يقع واحدة بانه ومنها نحووت منى وقال المناخرون في وهبتك
طلاقك لا يقع وقيل يقع ولا يقع في أحتمل طلاقك وان نوى أو صفت عنه ولا أحببت طلاقك أو
رضيته أو هو يته أو أردته وان نوى وأما طال بلا قاف فاطاق بعضهم الوقوع به وفصل بعضهم فقال مع
اسكان اللام يحتاج الى النية ومع كسر ها يقع بالنية والوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا لانه بلا
قاف ليس سريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتي لغة وعرفا فيصدق قضاء
مع اليمين هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق أما في أحدهما فيقع قضاء أسكنها أو لا وفيه أيضا النظر
المذكور لانه ايقاع بلا فظله ولا أهم منه ليكون كناية وليس بجائز فيه وهذا البحث يوجب أن لا يقع
به أصلا وان نوى ومثل هذا البحث يجري في التطبيق بالتجسي كانت طالق لانه ليس طلاقا ولا كناية
لان موضوعها يحتمل أشياء وأوضاع هذه المسميات هي حروف ولذا الوقر آية السجدة تهجيا لا يجب
السجود لانه ليس قرآنا ولا مختصا بالعدم اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكون
اللفظ دالا عليه وضعا أو عرفا وحينئذ يقع بالتجسي في القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا بطل بلا قاف
وفي قوله لا خراج لها الطلاق أو أخرجهما أو بشرها نطقا في الحال لان الجمل لا يتحقق قبل المحول
ومنها أنت على كالميتة أو أخرجها أو طم الخنزير يقع بالنية وفي الكافي للشهيد اذا قال لامرأته هـ ذه عني
أو خالي أو محرم من الرضاع وثبت عليه بان سئل عن ذلك فاصر عليه فرق بين ما ولو قال من رحت أو كذبت
أو وهمت أو نسيت صدق ولا يفرق استحسننا والقياس أن يفرق مطلقا ولا يصدق لانه أفر
بالتحريم وجه الاستحسان ان هذا الإيجاب تحريم فلا يقع الا بالدوام عليه ولو قال هذه بنتي من نسب وثبت
عليه ولها نسب معروف لم ينفرد لان الظاهر يكذبه وكذا في هي أمي وله أم معروفه وان لم يكن لها نسب
معروف ومثلها بولدها وثبت عليه فرق وكذا هي أختي واختلف في استلى بامرأة وما أنالك بزواج
ونوى الطلاق يقع عند أبي حنيفة وقال لا لان نفي النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم أتزوجك
أو والله ما أنت لي بامرأة أو لو سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا هنا وله انها تحتمل أي
لست لي بامرأة لأنني طلقتك فيصح نفيه كافي لانكاح بيني وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة وبعد التسليم
نقول بدلالة اليمين علم انه أراد النفي عن الماضي لا في الحال لان الحلف يكون فيما يدخله الشك لا في انشاء
النفي في الحال وقوله لم أتزوجك بخود لا يحتمل الانشاء اذا طلاق لا يتصور بلانكاح وكذا بدلالة
السؤال عرف انه أراد النفي في الماضي وفي فتاوى صاحب النافع اذا قالت لزوجه استلى بزواج فقال
صدقت ينوى طلاقها يقع عند أبي حنيفة خلافا لهم اوعلى هذا الخلاف اذا قال لست أو ما أنت
امرأتى أو لست أو ما أنا زوجك عنده يقع بالنية والغياص ويتصل بالكنايات الطلاق بالكتابة ولو كتب
طلاقا أو عتاقا على مالا يستين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى به أو لم ينو وكذا

ثم وقوع البائن بماسوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بهار جعي لان الواقع به اطلاق لانها كبايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح

اذا كتب على لوح أو حائط أو أرض أو في كتاب الا انه لا يستبين لا يقع وان نوى به الطلاق لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف فلو وقع وقع بمجرد النية فان كان مستبينا لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فانه ينوى فيه كالكلام المكتنى لا يقع الا بالنية لان الانسان قد يكتب مثله للايقاع وقد يكتب مثله لتجر به الخط فان كان صحيا بين نيته بلسانه وان كان أخوس بين نيته بكتابه هذا اذا لم يكن خطا بأب أو رسالة فان كان على رسم كتب الرسالة بان كتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق أو أنت حر أو اذا وصل اليك كذاي فأنت طالق فانه يقع به الطلاق والعناق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال أنت طالق ثم قال نويت من وفاق لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ثم يقع عقيب الكتابة اذا لم يعلقه مثل أن يكتب امرأته طالق أو فلانة بخلاف ما اذا كتب اذا وصل اليك فانه لا يقع بدون الوصول اليها وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه اذا وصل اليك كذاي فأنت طالق ثم بداهه فحاذ كره الطلاق منه وأنفذه وأسطره باقية وقع اذا وصل ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع وان وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الأئمة الثلاثة وما وقع في تفصيل بعضهم من انه اذا محاه ماسوى كتابة الطلاق وأنفذه فوصل اليها لا يقع فبني على ان الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لا تكون كتابا وفيه نظر وما قبل من انه لو محاه أكثر ما قبله فأرسله لا يقع أبعد من الاول اذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر كثره الحوائج وليس الامر كذلك ولو كتب الصحيح الى امرأته بطلاقها ثم أنكر الكتاب وقامت عليه البيينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى ان كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته ولو كتب اليها أما بعد أنت طالق ان شاء الله تعالى ان كان موصولا بكتابه لا تطلق وان كتب الطلاق ثم فتر فتره ثم كتب ان شاء الله يقع الطلاق لان المكتوب الى الغائب كالمفوض كذا في الفتاوى الكبرى للخاصي والخلاصة وفيها معز والى المنتقى اذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخ في كتاب آخر أو امر غيره حين كتب ولم يعمل هو فأناها الكتابان طلقت تطبيقين قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى وعلى هذا الوصول أحدهما تقع واحدة قضاء وديانة ولا يخفى ان هذا فيما اذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب وأما اذا لم يكن معلقا فلا اشكال في انه يقع ثنتان قضاء لادبانه الا ان ينوى به طلاقا آخر وكل ما ذكرناه ثابت في حق الاخر من نحوه ان كان يكتب وانما يعرف ذلك منه بان يسأل بكتاب فيجب بكتابة بالنية فان كان لا يكتب وله اشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه وان لم يعرف منه ذلك أو شك كنافيه فهو باطل وهذا استحسان والقياس في جميع ذلك انه باطل لانه لا يتكلم وقد ذكر المصنف أحكام الاخر في هذه في آخر الكتاب (قوله) ثم وقوع البائن بماسوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بهار جعي لان الواقع به اطلاق) والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص ولا حاجة الى اثبات الاول بانها كبايات عنه حتى أريد هو بها يدفع بأن كونها كبايات مجازيل عوامل بحقائقها كما سئذ كربل يكتفى بالاتفاق على ان الواقع طلاق والثاني بالنص فان قيل النص إنما أفاد الرجعة بالطلاق الصريح منه عناه لان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله وبعولتن أحق بردهن أعم من الطلاق الصريح وغيره لان النسبة الى معنى اللفظ لا الى اللفظ غير انه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها أعني نص الاقتداء لما عرف من ان الاقتداء لا يتحقق الا بالبينونة والايذهب مالها ولا يفيد والحاصل ان الكتاب يفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال أو نلانا واستدل المصنف بقوله ولنا ان تصرف الابانة صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولما استشرع منع ثبوت الولاية شرعا أثبتنا بقوله الحاجة ماسة الى اثبات

قال (ثم وقوع البائن بماسوى الثلاثة الاول مذهبنا) وهو مذهب عامة الصحابة (وقال الشافعي يقع بها رجعي) وهو مذهب عمر وابن مسعود (لان الواقع بها طلاق) واحد (لانها كبايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية) والكبايات عن الطلاق ولهذا ينتقص به العدد (والطلاق يعقب الرجعة كالصريح) فانه انما يكون معقب للرجعة لكونه طلاقا

(ولنا ان تصرف الابانة صدر عن أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية) وكل ما صدر من أهله كذلك كان محصلا لمحالة اما الاهلية فلا خفاء فيه لان الكلام في الادل وأما المحلية فتأبته ولهذا كانت المرأة محللا للبينونة الغليظة بالاتفاق وأما الولاية الشرعية فلان الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباتها دال على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصنف أحدهما قوله (كي لا ينسد باب التدارك) والثاني قوله (ولا يقع في عهدها بالمراجعة من غير قصد) وقوله (باب التدارك) أي تدارك دفع المرأة عن نفسه لانه لو يقع البينونة عند نيته عسى توقع المرأة عليه نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعة والزوج يريد فراقها كذا في النهاية وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير الوجه الثاني فان جعلت الثاني تفسير الاول بالعطف فسد النكتة بجهة لان وقوع المراجعة من غير قصد (٩٤) لا يستقيم على مذهبه وان فسد التفسير فسد المفسر والاولى أن يفسر قوله

ولنا ان تصرف الابانة صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدها بالمراجعة من غير قصد

كي لا ينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المرأة جسد اسبب من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدؤه فاولم يوجد الواحد البائن لطلقها فلا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح وأما الوجه الثاني فنفسه ما ذكره صاحب النهاية ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الابانة قد صدر من أهله الخ فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف تصرف ابانة فلا بد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر من أهله والجواب ان هذا الدليل يدل على أن الابانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عهدها بالمراجعة من غير قصد محتاج اليها لا بد منها وهو لا يمكن أن تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين أن تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة الرجعة

الابانة كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدها بالمراجعة من غير قصد فقرر بأن المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا للحاجة لانه لو أبانها بالثلاث عصي ولوطلفها رجعا بما تراءى له مصلحة في الرجعة فراجعها فيبدؤه فيطلقها ثانية أو ثالثا فيؤدي الى استيفاء العدد وهو حرام وفيه ينسد باب التدارك فشرع له الابانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدله أمكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ والوجه في هذه العبارة هكذا قد يحتاج الى الابانة والثلاث بكلمة حرام وتقرى بها على ما ذكره كذا فلو لم ينسد له الابانة على هذه الصفة يعني شرع الواحدة البائنة والاقرب الى اللفظ ما قيل انه قد يحتاج الى الابانة كي لا يقع في الرجعة بغير قصد منه بأن تنجأ المرأة فتقبله بشهوة فيصير من اجعاه وهو لا يريد بها فيحتاج الى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك فهو لا يجد ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كي لا تقوت هذه المصلحة ودفع بأن هذه مصلحة وثبوت التمكن من إعادتها اذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رأيه مع ان الانسان محل التغيير مصلحة أخرى أكيدة إذ كثيرا ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة أكثر من وقوع طلاق لم تدع النفس بعده الى مراجعة ومع الابانة لها ان تمنع فيحصل له ضرر شديد وهذه لا ترتب إلا على عدم الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الابانة يسير من الاحتراز من جأتهام مقبلة ونحوه فكان اعتبار منع الابانة أجلب للمصلحة من غير تقويت المصلحة الأخرى فان أردت تخصيص نص اعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالاعتداء ان التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه ولم يلزم لان حاجته الى الخلاص بالابانة ليس كحاجة المرأة لتتمكن من الابانة على وجه لا يعقب التدمر لتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة أو تفرق الثلاث على الاطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة ولذا رجحنا كراهة الواحدة البائنة في أوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا سبب تحقق الحاجة الى الابانة من القطع هذا ولا يخفى ان المعنيين أعني عدم انسداد باب التدارك وباب

منها وهو لا يمكن أن تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين أن تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة الرجعة

قال المصنف (ولنا ان تصرف الابانة الخ) أقول ولا بد في هذا المقام من المراجعة الى ما ذكره العلامة ابن الهمام لينجلي عليك غيايب الاوهام (قوله وأما المحلية فتأبته) أقول كافي الخلع والطلاق على مال بالاتفاق (قوله دال على ولاية الابانة بوجهين الخ) أقول وانت خير انه لا يستقل واحد من ذينك الوجهين بإثبات المطلوب فالوجه عدهما وجها واحدا كما لا يخفى (قوله فسد النكتة بجهة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه الخ) أقول فيه بحث فانه لا حاجة الى جعل الكلام الزاميا ولو صح ما ذكره يلزم فساد النكتة لمحالة اذ لزوم المطلوب من المجموع فتأمل (قوله ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة الى قوله فلا بد من اثباته الخ) أقول فيه بحث اذ يعلم ذلك من

وقوله (ولست كتابات على التحقيق) جواب عن قوله لانها كتابات عن الطلاق وتقريره ان الكناية عن الطلاق الصريح انما تكون كالصريح في العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها (وقوله والشرط تعيين أحد نوعي البينونة) جواب عن قوله ولهذا يشترط النية وتقريره ان اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا لالطلاق يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد وقوله (وانتقاص العدد) جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص به (٩٥) العدد وتحقيقه انه لا منافاة

بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا وقوله (وانما تصح نية الثلاث) جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صح نية الثلاث في قوله أنت بائن مثلا كما لا تصح في قوله أنت طالق لانه عامل بنفسه وتقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث انه عامل في حقيقته بل من حيث تنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن

ولست كتابات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد اثبت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى

الرجعة اذا تغير رأيه من باب دفع المفسدة لاجل المصلحة والوجه في الاستدلال أن يقال لما ثبت الشرع الايقاع بهذه الالفاظ فقد أثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مران أي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة مرة واحدة خصوصا عند فاته غير مكرره وأيضا لفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بضم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الخفيفة وأيضا خص منه الطلاق بما لم يبق العموم منه مراد اخفاصه الطلاق المسنون بالمال يعقب الرجعة فقد أخرج منه ذلك وحين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة ثبت أيضا اخراج الواحدة البائنة بالمال لان شرع الايقاع به هو جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلاث شرعا به تحليفه صلى الله عليه وسلم أباركاته حين طلقها البينة انه ما أراد الا واحدة وشرح قوله وليست كتابات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها يعني لا تردد في المراد للقطع بأن معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الاتصال مراد وكذا البت والبتل القطع والتردد انما هو في متعلقها أعني الوصلة وهي أعم من وصلة النكاح والخبرات والشر فاذا تعين بالنية عمل بحقيقته وكذا معنى الحرام والغلبة والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة اليه أو الى غيره من الرجال فاذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه وانما أطلق عليه كناية مجازا للتردد في ذلك المتعلق الذي به يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ والوجه ان اطلاق اسم الكناية حقيقة لان الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لانها بعدد المعنى وقد تكون حقيقة فيها وقد حقق في نحو طويل النجاد وكثير المادان المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الماد لكن لا يقتصر عليه بل يعبر عنه الى طول القائمة وكثرة الاضياف فالوجه أن يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازا عن الطلاق وتحقيقه أنه مشترك معنوي من قبيل المشكك فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالنسب والشر كذلك فاذا لم يزد كونه متعلقا احتمل كإحتمال رجل كلاً من زيد وعروة وغيرهما والوجه أن يقول انها عوامل بحقائقها أو بحقيقة ما استعملت فيه وهذا لان نحو جلتك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو بالبينونة وكذا وهبناك لاهلك لتعذر حقيقة الهبة أعني التملك فهو مجاز عن رد ذلك على ما قدمناه وقياس الباقي سهل وبهذا ظهر انه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لانها هي معنى اللفظ الدائر في الافراد وهي متنوعة الى غليظة وهي المترتبة على الثلاث وخفيفة كالترتبة على الخلع فأيهما أراد صرح وبثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلاثا وحاصله ان ما يثبت عند طالق شرعا لازم أعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع فقولنا يقع به الطلاق حينئذ معناه يقع لازم لفظ

قوله وليست كتابات الخ (قوله وتقريره ان الكناية عن الطلاق) أقول قيل بل تقريره لانها كتابات عن الطلاق حقيقة فانها عوامل في حقائقها فافاطلاق الكناية علمها مجاز وفي ظاهره تقرير بالشرح قبول كونه كناية عن الطلاق الصريح وفيه ما فيه ويجوز أن يجاب عما ذكره لا فساد في ذلك فان الامر كذلك

لكنه مجاز على ما نادى عليه كلامه (قوله وتقريره ان اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة الخ) أقول فيه بحث فان المستفاد من كلامه ان البينونة النكاحية تحصل للاحالة بحقيقة كلامه والتردد في الغليظة والخفيفة وليس كذلك ولوصح حصلت البينونة الخفيفة في حالة الرضا بالنية لانها الادنى المتيقن بل مراد المصنف من أحد نوعي البينونة عن وصلة النكاح فالنوع الآخر البينونة عن غيرها فليست أمثل (قوله كما لا تصح في قوله أنت طالق لانه عامل بنفسه) أقول فيه ان عدم صحة النية ليس لكونه عاملا بنفسه بل لعدم قابلية الطلاق الذي هو صفة المرأة كذلك كما سبق

وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليقين لانه أمين في الاخبار عما في ضميره
والقول قول الامين مع اليقين

بالاول طلاقا وبالباقى ترصا بالاشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما
قال ديانة لاحتمال قصد التاكيد كانت طالق طالق طالق لا قضاء لانه خلاف الظاهر وعلمت ان المرأة
كالقاضي لا يحل لها أن تمكنه من نفسها اذا علمت منه مظاهرها خلاف مدعاها وقد ظهر مما ذكر ان حال
مذاكرة الطلاق لا تقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدموه من انها حال سؤالها أو سؤال أجنبي طلقها
بل هي أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع ثم على هذا لقائل أن يقول لماذا كره
التي تصير الكناية معها ظاهرة في الإيقاع انما هي سؤال الطلاق لان ذكر الكناية الصالحة للإيقاع
دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر في قصد الإيقاع به فيمتنع قبول دعواه عدم ارادة الطلاق بخلاف
المذاكرة بمعنى الابتداء بإيقاع الطلاق مرة فان الإيقاع مرة لا يوجب ظهور الإيقاع مرة ثانية وثالثة
فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا في الإيقاع حتى لا يقبل قوله في عدم ارادته بالكناية (قوله وفي كل
موضع يصدق الزوج في نفي النية انما يصدق مع اليقين الخ) قدمنا بيانه ونقله من الكافي للعالم
ولزوم اليقين لمافيه من الالزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى
باليقين والاقراب انه لنفي التهمة أصله حديث تخلف ركاة المتقدم فروع طلقها واحدة
ثم قال جعلتها بأثنته صارت بأثنته وقال محمد لا تكون الاربعية ولو قال جعلتها ثلاثا صارت ثلاثا عند
أبي حنيفة رحمه الله وقال لا تكون الا واحدة لان الواحدة لا تكون ثلاثا ومحمد في الاول ان جعله
الواحدة الرجعية بأثنته تغيير للشروع فيه وعليه قلنا يملك البائن لما ذكرناه قريبا لكنه لم ينص على وصف
ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعيًا باعتبار عدم حصول البينة فاذا أباها التحققت بأصل
الطلاق كالوفعلها ابتداء كالوكيل بالبيع للمالك البيع النافذ كان مالكا لأصله ووصفه ومالك
الحاق وصفه بأصله كتنفيذ عقد الفضولي وأعلم ان الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا
وبالبائن يلحق الصريح لا البائن الا اذا كان معلقا ولو قال لها بعد الخلع أنت طالق يقع الطلاق
عندنا خلافا للشافعي ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ولو قال ان دخلت فانت بائن ينوي الطلاق ثم أباها
فدخلت في العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا للزفر أما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى
فلا جناح عليهما فيما افتنت به يعني الخلع ثم قال تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن أبي سعيد الخدري عنه صلى الله عليه
وسلم المختلعة يطبقها صريح الطلاق مادامت في العدة وهنا القيد الحكيم باق ببقاء أحكام النكاح وانما
فان الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف في المحل كالحيض ولهذا يلحق البائن الصريح بل أولى ببقاء الاستمتاع
وأما عدم لحوق البائن البائن فلا مكان جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء
لانه اقتضاء ضروري حتى لو قال عنت به البينة الغليظة ينبغي أن يعتبر وتثبت الحرمة الغليظة لانها
ايست ثابتة في المحل فلا يمكن جعله اخبارا عن انها ثابتة فتجعل انشاء ضرورية ولهذا وقع البائن المعلق
قبل تنجز البينة كما مثلناه لانه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبرا حين صدر وأورد عليه ان مثله لازم في
أنت طالق أنت طالق فلزم أن لا يلحق الصريح أجيب بأنه لاحتمال فيه لان أنت طالق متعين للانشاء
شرعا ولو قال أردت به الاخبار لا يصدق قضاء وفي مستثنائنا كذا أنت بائن ثانيا يجعل خبرا بل الذي
وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محمل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق
وقد عرف من استدلالهم الذي طبقوا عليه ان المراد من البائن الذي لا يلحق ما هو بلفظ الكناية لانه
هو الذي ليس ظاهرا في انشاء الطلاق وبه يقع الفرق بين الصريح أنت طالق أنت طالق وأنت بائن

(وفي كل موضع يصدق
الزوج على نفي النية انما
يصدق مع اليقين لانه أمين
في الاخبار عما في ضميره
والقول قول الامين مع
اليقين) والله سبحانه وتعالى
أعلم بالصواب

ولأنهم جعلوه مقابل الصريح ولا يقابله البائن إلا إذا كان كناية لان الصريح أعسم من البائن لانه
 ما لا يحتاج الى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيًا والكناية ما يحتاج اليها غير ان لا يقع بها في غير الالفاظ
 الثلاثة اعتدى استبرق رجل أنت واحدة لا بائن وفي الخلاصة نقلنا من الزيادات الذي يلحق البائن
 لا يكون رجعيًا والصريح يلحق البائن وان لم يكن رجعيًا وقوله الذي يلحق البائن لا يكون رجعيًا لانه
 لا يتصور لان البينة السابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بائنه ما ذكر من انه اذا بائنها
 ثم قال لها أنت طالق بائن يلغو بائن هو لما ذكرنا من عدم تصور الرجعة فكان ذكره وتركه سواء وما زاد في
 تعليل الالغاء في هذه المسئلة في الحاوي من قوله يلغو تصحيح الكلام لا معنى له وعلى مجرد الالغاء اقتصر
 في الخلاصة ومحل ما ذكرنا وعلى هذا ما وقع في حلب من الخلاف في واقعة وهي ان رجلاً بائنا امرأته
 ثم طلقها ثلاثا في العدة الحق فيه انه يلحقها المسمعت من ان الصريح وان كان بائنا يلحق البائن ومن ان
 المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على ما يوجب الوجه وفي الحقائق لو قال ان فعلت كذا اخلل
 الله على حرام ثم قال هكذا الامر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن ثم لو فعل الآخر قال ظهر الدين
 ينبغي أن يقع آخر وقال هذا ينبغي أن يحفظ **تنبيه** في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو
 مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه لو شهد بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما
 لان البينة تكذبهما ولو شهدا انه طلق احدي نساءه بعينها ونسبها فشهدا بباطلة ولو شهدا انه طلق
 احدها بن غير عينها الزمناه الا يقع على احدها من استحسننا وفي القياس هو كالاول ولو شهد شاهد على
 طلقين وآخر ثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبي حنيفة وعندهما تجوز على طلقين
 وتأتي هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة واذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة
 القاضي أن يضعها على يد عدل حتى تأتي بالآخر لا يفعل ويدفعها الى زوجها فان كان الطلاق بائنا
 وادعت ان بقية الشهود بالمصر وشاهداه عدل فان أجلها ثلاثة أيام وحال بينهما وبين زوجها احتي
 ينظر ما تصنع في شاهداه الآخر فهو وحسن وان دفعها للزوج لا بأس به ولو شهد أحدهما انه طلقها ثلاثا
 والآخر انه قال أنت على حرام بنوى الطلاق فهي باطلة وكذا لو شهد أحدهما انه طلقها ان دخلت الدار
 وانها دخلت والآخر انه طلقها ان كلفت فلانا وانها كلمته وكذا ان اختلفا في الفاظ الكنايات وكذا في
 مقادير الشروط التي علق عليها في التعليق والارسال ومقادير الاجعال وصفاتها وفي اشتراطها وحذفها
 واذا شهد انه قال ان دخلت فلانة الدار فهي طالق وفلانته معها والآخر انه قال وحدها وقد دخلت
 ففلانة تطلق وحدها لانهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ولو شهد واحد على تطليقة بائنة
 وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية وكذا اذا شهد على تطليقة والآخر على واحدة
 وواحدة أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف والاصل عندها انها في العطف
 تصح في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ أو مرادفه بخلاف البائن فلذا لا تقبل شهادة أحدهما على
 واحدة والآخر على اثنين عنده خلافا لهما لان الذي شهد به اثنين لم يكلم بالواحدة ولا برادفها وسيأتي
 هذا الاصل في باب الاختلاف في الشهادة ولو شهد انه قال فلانة طالق لابل فلانة والآخر على انه سمي
 الاولى فقط جازت على الاولى ولو شهد انه قال طالق الطلاق كله والآخر على انه قال بعض الطلاق
 لم تجز الشهادة عنده وعندهما تطلق واحدة ولو شهد انه قال طالق والآخر انه أقر بالطلاق جازت
 وكذا ان اختلفا في الوقت أو المكان أو الزمان بان شهدا انه طلقها يوم النحر بمكة والآخر انه طلقها في ذلك
 اليوم بالكوفة فهي باطلة اتفقن كذب أحدهما ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما ما من الايام قدر
 ما يسير الراكب من الكوفة الى مكة جازت شهادتهما ولو شهدا انهما طلقا عرة يوم النحر بالكوفة
 والآخر انه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ولو جاءت احدي البنتين ففضى بها ثم جاءت

باب تفويض الطلاق

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة وآخره لان الأصل تصرف المرء لنفسه **فصل في الاختيار** هذا الباب ثلاث فصول بالاستقراء وذكرها (٩٩) متواليه وكلامه واضح وحاصله

ان فيه قياسا واستحسانا

القياس يقتضي أن لا يقع

بهذا شيء وان نوى الزوج

الطلاق لانه لا يملك الإيقاع

به هذا اللفظ حتى لو قال

اخترتك من نفسي أو

اخترت نفسي منك لا يقع

شيء ومن لا يملك شيئا لا يملك

تملكه لغيره لكن استحسنوا

ترك القياس لاجتماع الصحابة

روى عن عمر وعثمان وعلى

وابن مسعود وابن عمر وجابر

وزيد وعائشة أنهم قالوا اذا

خير الرجل امرأه كان

لها الخيار مادامت في مجلسها

ذلك فاذا قامت فالاختيار

لها ولم ينقل عن غيرهم

خلاف ذلك فدل محل

الاجماع وقوله (ولانه تملك)

دليل معقول على أن

الأصل ان يقتصر الجواب

على المجلس كما في البيع

وهو مخالف لما ذكر صاحب

النهاية ان القياس أن لا يبطل

خيارها بالقيام عن المجلس

لان التخيير من الزوج مطلق

والطلاق فيما يحتمل التأيد

يتأيد لكن تركنا هذا

القياس بانار الصحابة

والمصنف جعله كالبيع

في كونه تملك كما لا يخلو اما أن

يكون البيع مما يتأيد أو بما

لا يتأيد فان كان الاول بطل

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار (واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك فان قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها) لان الخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولانه تملك الفعل منها والتملك يقتضي جوابا في المجلس كما في البيع

الاخرى لم يلفت اليها واذا قال الرجل لامرأته أشكأ كنت هذا فهي طالق جاءت كل بيينة انها أكلته نطقا فجميعا وان جاءت احدهما بيينة فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلفت اليها وان كانتا أكلتا لم تطلقا

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع في بيانه بولاية مستفاد من غيره ونسخت هذا المصنف ثلاثة أصناف التفويض بلفظ التخيير ولفظ الامر باليد ولفظ المشيئة **(قوله اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق)** يعني ينوي تخييرها فيه (أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك) وان طال يوما أو أكثر ولم يتبدل بالاعمال (فان قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان الخيرة لها اختيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم) قال ابن المنذر واختلفوا في الرجل يخير زوجته فقالت طائفة أمرها به فادها فان قامت من مجلسها فلا خيار لها روينا هذا القول عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم أجمعين وفي أسانيدهم ما قال وبه قال جابر بن عبد الله وقال به عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وفيه قول ثان وهو ان أمرها بيدھا في ذلك المجلس وفي غيره وهذا قول الزهري وقتادة وأبي عبيد وابن نصر وبه يقول ويدل على صحته قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي حتى تستأمرى أبوبك وحكي صاحب المعنى هذا القول عن علي فاعترض على نقل الاجماع والجواب ان الرواية عن علي لم تستقر فقد روي عنه كقول الجماعة ولذا نص في بلاغات محمد رحمه الله انه قائل بالاعتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون اجماعا سكونيا من قول المذكورين وسكون غيرهم وأين من نقل عنهم من التابعين القول الاول عن نقل عنهم الثاني وقوله في أسانيدهم ما قال لا يضر بعد تلقى الامة بالقبول مع ان رواية عبد الزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة وأما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة لا تعجلي الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخيير ذلك هذا التخيير المتكامل فيه وهي ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا ترى الى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعنن واسرحكن سراحا جيلا **(قوله ولانه تملك الفعل منها والتملك يقتضي جوابا في المجلس)** أورد

باب تفويض الطلاق

(قال المصنف ينوي بذلك الطلاق) أقول أي تفويض الطلاق فالمضام محذوف (قوله وهو مخالف لما ذكر الخ) أقول يجوز أن يكون ما ذكره المصنف وجه الاستحسان فلا مخالفة بينهما حينئذ

القياس أعني قياس المصنف التخيير على البيع لأنه عما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكره صاحب النهاية ثم فرق بين التملك والتوكيل بان التملك يقتضي أن يكون المالك له عاملا لنفسه والتوكيل يقتضي أن يكون الوكيل عاملا لغيره والمرأة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير عليها لا توكيلا وأورد على ذلك شها أحدها ان رب الدين اذا وكل المديون ببراءة دينه عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه في ابراء دينه عن الدين والدليل على أنه وكيل عدم الاقتصار على المجلس وملك صاحب الدين الرجوع قبل ابراء والثانية ان التخيير لو كان تملكيا توارده ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال طلق نفسك ثم حلف أن لا يطلق وطلقت هي نفسها حثت الزوج في عيने ولو ملكك طلاقها لما حثت وأجاب عن الاول بما حاصله أن تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز أن يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها وكذا بقية (١٠٠) كلامه في الاجوبة لا يخالو عن ضعف بطول الكلام بذكره (وأقول) التملك هو

لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس ناره يقبل بالذهب عنه وناره بالاستغال بعمل آخر لو كان تملكيا لم يسبق الزوج مالكا للطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشيء مملوكا كله لا كثر من واحد في زمان واحد وهو منتف فانه لو طلقها بعد التخيير وقع وأيضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأة طلق نفسك ثم حلف أن لا يطلقها فطلعت نفسها لا يحنث وقد نص محمد على انه يحنث وهو يقتضي أن تكون نائبة عنه لا مالكة وأيضا يصح عنه دناؤ وكيل المديون ببراءة نفسه وهذا بردي على تعليل كونه تملكيا بانها عاملة لنفسها وأجيب بأن المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل باختياره بحيث لا يلحقها ثم على نفس الفعل ولا خلف في عدم فعله بخلاف الوكيل فانه مختلف ان لم يفعل وبمصور الملك على هذا الوجه من اثنين فان تملك الفعل هكذا ولزوم انتفاء الملك بالتملك في الاعيان لا في ملك الافعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كلا وهو الاقتصاص ومسئلة البين ممنوعة والحديث قول محمد والمنع مذكور في الزيادات اصحاب المحيط وأما المديون فوكيل وانما وقع عمله في الابراء لرب الدين باعتبار امره وثبت أثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته وفي هذا نظر فخره في تطبيقها لنفسها بان يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الايقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمننا ولو التزم كون المديون مملوكا لم يصح لانتفاء لازمه لان الدائن أن يرجع قبل الابراء وسند كرمها والاوجه واعلم ان الجواب الذي يستدعيه التملك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطبيقها نفسها وهو بعد عام التملك فليس هذا الوجه مستلزما المطلوب ولهذا قال في الذخيرة ان هذا التملك يخالف سائر التملكيات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس ان كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر ان هذا التملك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التملكيات ولكونه تملكيا يتم بالملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لالكونه متضمنا معنى التعليق لانه اعتبار يمكن في سائر الكالات لتضمنها معنى ان بعته فقد أجزته والولايات لتضمنها اذا حكمت يعين من شئت فقد أجزته فكان يقتضي أن لا يصح الرجوع والعزل فيه مانع لا حاجة اليه لهذا المعنى لابتناؤه على ما ذكرنا

الاقرار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الاقرار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية أن التخيير تملك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد للمكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات ثم ان المرأة ما أن تختار زوجها أو نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شيء وقال على رضي الله عنه تقع تطبيقه رجعية كانه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما نأخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انه لا يقع في ذلك شيء قالت

عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فهي واحدة نائمة عندنا وهو قول على لان اختارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يقع ثلاث وان نوى الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم

(قوله أعني قياس المصنف التخيير على البيع لانه الخ) أقول ضمير لانه راجع الى التخيير قال المصنف (لان ساعات المجلس) أقول هذا تعليل لثبوت خيار المجلس لها كما لا يخفى قوله (وهو لا يصح) أقول ولك ان تمنع ذلك في الانفعال قوله (وقع في ضمن صحة وكالته الخ) أقول أي في ضمن عمله للوكل بحكم الوكالة حيث يحصل له الثواب بهذا الابرار بخلاف الاختيار فلا يتبعه حينئذ ما أورد الشارح فليست أم (قوله والجواب عن الثانية الخ) أقول فيه بحث اذ ما ذكره يجر الى ان يوجد التملك والتملك ولا يحصل الملك للملك كما لا يخفى (قوله قالت عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم) لم يكن التخيير الذي فيه الكلام وهو ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا يرى الى قوله تعالى فتعالين آمنكن وأسرحكن سراحا جبلا في صحة النقل كلام وسيجيء زيادة كلام متعلق بالمقام

اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل
الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الاقتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله
اختارى لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره (فان اختارت نفسها في قوله
اختارى كانت واحدة باثنية) والقياس ان لا يقع بهذائي وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع
بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسنه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا به بسبيل
من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بان لان
اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن (ولا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك) لان
الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينة قد تنوع

لكن اذا كان الملك ثبت فيه بالملك وحده لم يصح القول بأنه يخالف سائر التملكيات من حيث انه يبقى
الى ما وراء المجلس بل بقاءه هو الموافق لسائر التملكيات التي ثبتت الملك عندها وانما خلفها بما ذكرنا
وباعتبار اقتضائه على المجلس والمستند فيه اجماع الصحابة واعلم ان الاقتصار على المجلس في الخطاب
المطلق أمالو قال طلق نفسك متى شئت فهو لها في المجلس وغيره واذا فوض وهي غائبة اعتبر مجلس
علمها ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في ذلك اليوم فلم يمتضى اليوم ثم علمت
بمخرج الامر من يدها وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها
في المجلس وليس للزوج ان يرجع قبل انقضاء المجلس لانه بمعنى اليمين اذ هو تعليق الطلاق بتطبيقها
نفسها وقد علمت ما هو التحقيق (قوله اذ مجلس الخ) لو كان يتحدنان فأخذنا في الاكل انقضى
مجلس الحديث وجاء مجلس الاكل فلما انتقل الى المناظرة انقضى مجلس الاكل وجاء مجلس المناظرة ولو
خيرها فلبست ثوبا أو شربت ما لبس طيبا أو شرب ما لم يشرب أو لم يمشي ما لم يمشي أو لم يلبس ما لم يلبس أو لم
قد يكون لتدعوشه هو بخلاف ما لو أكلت ما ليس قليلا أو امتشطت أو أقامها الزوج فسرا فانه يخرج
الامر من يدها لظهور الاعراض به ووجه بان في الاقامة انها يمكنها ان تعتسه في القيام أو تبادل الزوج
باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الاعراض وكذا اذا خاضت في كلام آخر قال تعالى حتى يخوضوا
في حديث غيره فأدانه اعراض عن الاول (قوله ثم لا بد من النية) أي نية الطلاق في قوله (اختارى
لانه يحتمل تخييرها في نفسها) بالاقامة على النكاح وعدمه (ويحتمل تخييرها في غيره) من نفقة أو كسوة
فاذا اختارت نفسها فأنكر قصد الطلاق فالقول له مع عيئه أما إذا خيرها بعد هذا كره الطلاق
فاختارت نفسها ثم قال لم أفو الطلاق لا يصدق في القضاء وكذا إذا كان في غضب أو شتمه وإذا لم يصدق
في القضاء لا يسع المرأة ان تقيم معه الا نكاح مستقبل (قوله والقياس ان لا يقع بهائي) لان التملك
فرع ملك الملك وهو لا يملك الايقاع بهذه اللفظة لو قال اخترت نفسي منك أو اخترتك من نفسي ناويا
لا يقع الا انا استحسنه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم (قوله ولا به بسبيل الخ) ظاهره
انه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضي ذلك وانما
يقضي جواز اقامتها مقامه في الفراق ولا تلاق بينهما بل يقتضي ان لا يقع به لان اقامتها مقام نفسه فيما
ملكه ولا يملك الايقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس (قوله ثم الواقع بها بان) روى عن زيد بن ثابت
انه ثلاث وبه أخذ مالك في المدخول بها وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وعن عمرو بن عباس وابن
مسعود واحدة رجعية وبه أخذ الشافعي وأحمد وثبت عن علي رضي الله عنه ان الواقع به واحدة
بأثنية توسط بين الغائتين ورجح قول عمرو بن مسعود بأن الكتاب دل على ان الطلاق يعقب الرجعة الا
ان تكون الطلقة الثالثة وأنت علمت انه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم اخراج الطلاق
بمادل على البينة من الالفاظ على ما أسلفناه ولفظ اخترت نفسي بل نفس تخييرها فيقيد ملكها

(وقوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها) قال في النهاية هذا ليس بمختص بذكر النفس في حق إرادة الطلاق المبائن من التخيير فان البيئونة كما تقع عند ذكر النفس (١٠٣) في أحد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس في أحد الكلامين

كالتطبيق والاختيار وهو واضح وقوله (حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل) قيل هذا إذا لم يصدقها الزوج بأنما اختارت نفسها أما إذا صدقها أطلقت وإن كان الكلامان مبهمين وقوله (ولا تعين مع الإبهام) يعني إن اختاري من الكنيات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعين مع الإبهام وقوله (ولو قال اختاري نفسك) ظاهر وقوله (فيتضمن إعادته) أي إعادة كلامه فكأنها قالت اخترت ما أمرتني باختياره وهو النفس وقوله (وكذا لو قال اختاري اختيرة بيان ما يقوم مقام النفس في التفسير) (لان الإبهام) أي التاء (في الاختيرة) تنبئ عن الاتحاد لكونها للزوجة والاتحاد إنما يكون في اختيارها نفسها لانه يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك بتطبيق (ويتعدد أخرى) بان قال لها اختاري نفسك بما شئت أو بثلاث (فصار مفسرا من جانبه) بخلاف اختيارها الزوج فإنه لا يتعدد لكونه عبارة عن إبقاء النكاح وهو غير متعدد

قال المصنف (لانه عرف بالاجماع) أقول أي لان وقوع الطلاق بلفظ الاختيار قال المصنف (وهو في المفسرة) أقول أي وقوع الطلاق بذلك اللفظ

قال (ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل) لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من أحد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيره للجانب الآخر ولا تعين مع الإبهام (ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بآئنه) لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن إعادته (وكذا لو قال اختاري اختيرة فقالت اخترت) لان الهاء في الاختيرة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار مفسرا من جانبه نفسها إذا اختارتها لانه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبيئونة والام تحصل فائدة التخيير إذا كان له أن يرجعها شاءت أو أبى وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعمر بن الخطاب عنهما ما رواه الرجعية فاختلفت الرواية عنهما وقد ترجع عما ذكرنا قول علي وعمر وابن مسعود ثم هو غير متصور لانه إنما يفيد الخلو والصفاء والبيئونة تثبت فيه مقتضى فلا يصح بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث في قوله اختاري وان فواها بخلاف التفويض بقوله أهلك بيدك حيث تضمنت الثلاث فيه لان الأمر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من أفرادها لفظا والمصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق ان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس باجماع الصحابة واجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل أي بائن ونحوه لان الوقوع مقتضى نفس الالفاظ ومقتضاها البيئونة وهي متنوعة وفيه نظر لا تنفاه اجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت ان الواقع به ثلاث قولاً بكال الاستخلاص (قوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها) يعني أو ما يقوم مقامه كالاختيرة والتطبيق وكذا إذا قالت اخترت أي وأى أو الأزواج أو أهلي بعد قوله اختاري يقع لانه مفسر في الأزواج ظاهر وكذا أهلي لان الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت أهلي إنما يكون للبيئونة وعدم الوصل مع الزوج ولذا نطلق بقول الزوج الحق بأهلك بخلاف قولها اخترت قومي أو ذارحم محرم لا يقع وينبغي ان يحمل على ما إذا كان لها أب أو أم أما إذا لم يكن ولها أخ ينبغي أن يقع لانها تكون عنده عادة عند البيئونة إذا عذمت الوالدين وإنما كفي بذكر هذه الأشياء في أحد الكلامين لانها ان كانت في كلامه تضمن جوابا له إعادته كأنها قالت فعلت ذلك وان كان في كلامها فقد وجد ما يختص بالبيئونة في اللفظ العامل في الإيقاع فالخاتمة معه ليس إلا نية الزوج فإذا فرض وجودها تمت على البيئونة فتثبت بخلاف ما إذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لان المبهم لا يفسر المبهم لفظه حينئذ مبهم ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال أو حال أو مسكن وغيره وأيضا لاجماع انما هو في المفسر من أحد الجانبين والإيقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ولولا هذا لا يمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقابلة بعد ان نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادق عليه لكنه باطل والالوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له أصلا كسقي وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي وأحد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لابل زوجي يقع ولو قدمت زوجي لا يقع والوجه عدم صحة الرجوع في الأول وخروج الأمر من يدها في الثاني ولو قالت اخترت نفسي أو زوجي لم يقع ولو عطف بالواو فالاعتبار للقدم ويلغو ما بعده ولو خيرا ثم جعل لها الفاعل ان تختارها فاختارته لا يقع ولا يحجب المال لانه رشوة اذ هو اعتياض عن ترك حق تلك نفسها فهو كالاكتياض عن ترك حق الشفعة (قوله وكذا لو قال اختاري اختيرة الخ) يعني ان ذكر الاختيرة في كلامه تفسير من جانبه كذكر نفسها فلولا ثم تذهي على اخترت وقعت بآئنه ووجهه بان الهاء فيها للوحدة واختيارها

وقوله (ولو قال لها اختاري فقال اخترت نفسي) ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكرها الاختياره كما لو قال الزوج اختاري فقالت المرأة اخترت اختياره والحكم فيه مساو لان ذكر الاختياره لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختياره (ولو قال اختاري فقالت أنا اختارت نفسي فهي طالق والقياس أن لا تطلق لان هذا مجرد وعد) يعني ان أرادت الاستقبال (أو يحتمل) ان لم ترده (فصار كما اذا قال (١٠٣) لها طلق نفسك فقالت أنا

أطلق نفسي) فانه لا يقع الطلاق بهذا (وجه الاستحسان حديث عائشة) وهو ما روى انه لما نزل قوله تعالى يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتم تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحا جسيلا بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال اني مخبرك بأمر فلا تخيبي حتى تستأمرى أبو بك ثم أخبرها بالآية فقالت أف هذا أستأمر أبو بك لابل اختار الله ورسوله والدار الآخرة واعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا منها وان كان على صيغة المضارع المحتمل الوعد (ولان هذه الصيغة حقيقة

(ولو قال اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج) لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه (ولو قال اختاري فقالت أنا اختارت نفسي فهي طالق) والقياس أن لا تطلق لان هذا مجرد وعد أو يحتمل فصار كما اذا قال لها طلق نفسك فقالت أنا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لابل اختار الله ورسوله اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال ويجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة وأداء الشاهد الشهادة

نفسها هو الذي يقدر مرة بأن قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فانه انما يقع به واحدة ويتعدد أخرى بأن قال لها اختاري اختاري اختاري أو اختاري نفسك بثلاث تطبيقات أو بما شئت فقالت اخترت يقع الثلاث فلما قيد بالوحدة ظهر انه أراد تخييرها في الطلاق فكان مفسرا فالزام التناقض بأنه أثبت هنا مكان تعدد الواقع ولو لا ما وقفنا فيما تقدم بقوله لان الاختيار لا يتنوع من دفع لانه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبيوتة الى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنسبة من غير زيادة لفظ آخر فان قيل اجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي ان لا يجوز بقولها اخترت اختياره أو أهلي ونحوه فان هذه لم يجمع عليها قلنا عرف من اجماع الصحابة اعتبار مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر وأما خصوص لفظ المفسر فعلموا بالالغاء واعتبار المفسر أعم منه حتى يقرينة غير لفظية بوجوب ما ذكرنا من الوقوع باللفظ صالح ولو اختارت زوجها لايقع شيء وعن علي تقع رجعية كأنه جعل نفس اللفظ ابقاءا لكن قول عائشة رضي الله عنها خبيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعدده علينا شيأ رواه السنة وفي لفظ في الصحيحين فلم يعدد بفيد عدم وقوع شيء (قوله فقالت أنا اختارت نفسي) المقصود انها ذكرت بلفظ المضارع كاختارت نفسي سواء ذكرت أنا أولا ففي القياس لا يقع لانه وعد كما لو قال طلق نفسك فقالت أنا اطلق حيث لا تطلق وكذا لو قال لعبد أعترق رقبتك فقال أنا أعترق لا يقع وجه الاستحسان حديث عائشة في الصحيحين عنها قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأني فقال اني ذا كرك أمرا ولا عليك ان لا تنجلي حتى تستأمرى أبو بك وقد علم ان أبو بك يكون يا أمرا اني بفراقه ثم قال ان الله تعالى قال يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتم تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحا جسيلا فقالت أف هذا أستأمر أبو بك فاني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت وفي لفظ مسلم بل اختار الله ورسوله واعتبره صلى الله عليه وسلم جوابا لما يقال قد ذكرت ان التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس هذا المتكلم فيه بل انهن لو اخترن أنفسهن يطلقهن لان المقصود بالاستدلال به اعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا بفيد قيام معناه في الحال وقول المصنف (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال ويجوز في الاستقبال) هو أحد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار جعله للحال خاصا أو مشترك كاللفظ ايرجح هنا رادة أحد مفهوميه أعني الحال بقرينة بكونه

في الحال ويجوز في الاستقبال) والحقيقة يمكن أن تكون مرادة (كافي كلمة الشهادة) فان الرجل اذا قال أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه اعمانا لا وعدا بالاعان وكذا الشاهد اذا قال أشهد بكذا فلا يصار الى المجاز

(قوله يعني ان أرادت

الاستقبال أو يحتمل ان لم ترده) أقول فيه تأمل فانه إذا لم يرد الاستقبال كيف يحتمل الوعد ولعل الاولى أن يقال مجرد وعد ان وضعت للاستقبال فقط على ما ذهب اليه بعضهم أو يحتمل ان كانت مشتركة قوله (بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها الى آخر الحديث) أقول فيه بحث لقد مر وجهه ولك أن تقول لا تمس الحاجة في تصحيح التعليل الى جعل ما وقع في الحديث التخيير الذي فيه الكلام قال المصنف (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال) أقول أراد الحقيقة بحسب الوضع العرفي الطارئ على ما قالوا في اسمي الفاعل والمفعول فلا يخالف لما قاله النحويون من أنها مشتركة بين الحال والاستقبال فان ذلك بحسب الوضع الاصلي

(بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر) إذ ليس ثمة حالة قائمة بالتسليم يقع قوله أطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الابقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه (ولا كذلك اختيار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها) لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لا محالة واعتراض السارحون على قوله حقيقة في الحال بان النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم أعرف بالموضوعات وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بأن أحد معيبي المشترك يترجم بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة الحال به اذ العادة العرفية والسرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للمحال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أملك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وأداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا الحمل (وأقول) بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة الأصول أو وظيفة البيان وأهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل اليه من كتبهم وأهل الأصول نقلوا فيه الخلاف فتنهم من قال مثل ما قال به المصنف ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة والقول بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لان (١٠٤) الاشتراك محل بالفهم على ما عرف قال (ولو قال لها اختاري اختاري

فقال قد اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية) وان كانت من الكتابات (دلالة التكرار عليه

قال المصنف (لانه ليس حكاية عن حالة قائمة الخ) أقول فان قيل لوصح ذلك لزم أن لا يكون أشهد في كلمة الشهادة وأداء الشاهد مراد به الحال لذي يمكن أن

بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها أنا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقلت قد اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة طلقت ثلاثا في قول أبي حنيفة رجة الله تعالى عليه ولا يحتاج الى نية الزوج (وقالوا تطلق واحدة) وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اخبار عن أمر قائم في الحال وذلك يمكن في الاختيار لان محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الاخبار كما في الشهادة وكلمة الشهادة بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لا يمكن جعله اخبارا عن أمر قائم لانه انما يقوم باللسان فلا يجوز قام به الامر ان في زمن واحد وهو محال وهذا بناء على ان الابقاع لا يكون بنفس أطلق لانه لا تعارف فيه وقد مناه لونه عورف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا ان نعورف لانه انشاء لا اخبار (قوله ولا يحتاج الى نية الزوج) ولا الذي ذكر نفسه اذ كره في الدراية لان في لفظه ما يدل على ارادة الطلاق وهو التعدد وهو انما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد عدم الاحتياج اليها في القضاء حتى لو قال لم أنول يملكت اليه ويفرق بينهما لعدم الاحتياج اليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصرح ويدل على هذا رواية الزيات باشترط النية وان كرر وما في الجامع قال اختاري اختاري اختاري بألف ينوي الطلاق فاشتراط النية مع المال والتكرار فضلا عن أحدهما وهذا الماعرف أن الاحوال شروط لكن في شرح الزيات لقاضيخان

يكون حكاية عن حالة قائمة فان الشهادة خبر يكون على مواطاة قلب قلنا هو حكاية عما في حيز أشهد من قولنا لا اله الا الله مع الاعتقاد لمضمونه وذلك القول وان كان موجودا بعد أشهد لأن الاعتقاد القلبى وهو العدة لما وجد حين التلفظ بلغظ أشهد وجزؤه الآخر يوجد عقبه بلا فصل عدلا على ما ذكر في أثناء التسليم على حديث المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا فراجع (قوله ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه) أقول الاولى أن يعلل بعدم التغاير ولزوم مغايرة الحكاية المحكي وأما ما ذكره فلو صح يلزم أن لاتصح الحكاية عن الحالة المستقبلية هف ويمكن أن يأول تعليله بما قلنا ومراده ان الحكاية على أى وجه كانت تقتضي وجود المحكي على ذلك الوجه ان حاله لا وان استقبالا فاستقبالا (قوله وهذا كما ترى ليس بدافع الخ) أقول لا يخفى ان جواب صاحب النهاية جواب بتغيير الدليل وبأنه الكتب مشحونة بل لأننا نقول قول المصنف ولان هذه الصيغة الخ اشارة الى منع المقدمة القائلة في وجه القياس ان هذا مجرد وعد الخ مع السند فجواب صاحب النهاية حاصله ان ما ذكره كلام على السند الاخص فان تقر به يتكفل ببيان أخصية السند كما لا يخفى على المتأمل (قوله وأقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه) أقول فيه بحث فان المنقول من النحويين اشتراك الصيغة ولا شك انه بحث لغوى وهم من أئمة اللغة يعتمد عليهم في نقلها لا كونها حقيقة ومجازا فليست أم

إذا الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر النقص لزوال الابهام فالاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فبلغوا الترتيب ويبقى الافراد وكأنها قالت اخترت التولية الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ما صار الى بالكلمة الاولى والذي صار اليها بالكلمة الاولى تطبيقه فكانها صرحت بذلك وفي ذلك يقع واحدة فكذلك ههنا ولاي خنيفة ان هذا وصف لغولان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء أولا وهذا جاء آخر او كل ما لا ترتيب فيه بلغوفيه (١٠٥) الكلام الذي هو الترتيب وهو الاول

وأختارها وإذا الغال لفظ من حيث الترتيب بلغو من حيث الافراد أيضا لان الترتيب فيه أصل بدلالة الاشتقاق والافراد من ضروراته وإذا الغافي حق الاصل لغافي حق البناء وإذا الغافي حقهما بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا لكل فيقع الثلاث وفيه نظر من وجهين أحدهما انه أطلق الكلام على الاولى أو الوسطى أو الاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثاني ان الاولى اسم لفرد سابق فكان الافراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه والجواب عن الاول ان أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب ذكر الكل وإرادة الجزم عن الثاني بان كلامنا ذلك صفة والصفة ما دل على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى السابق هو المقصود فصح ان الترتيب أصل والافراد من ضروراته لان الصفة لا تقوم الا بالذات

إذا الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغولان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فإذا الغافي حق الاصل لغافي حق البناء (ولو قالت اخترت اختياره فهي ثلاث في قولهم جميعا) لانها المرة فصار كما اذا صرحت بهم ولان الاختيار للتأكد وبدون التأكد تقع الثلاث فع التأكيد أولى (ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتولية

لو كرر فقال أمرك بيدك أو فأمرك بيدك أو وأمرك بيدك بالقاء أو بالواو وقالت اخترت نفسي وقال الزوج لم أنو الطلاق كان القول قوله لان التكرار لا يزيل الابهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه وتحقق في المسئلة خلاف بين المشايخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعنابي وغيرهما وشروط أبو معين النسفي النية مع التكرار كقاضيجان ومنهم من استشهد بما استشهدنا به في لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المقول على لزوم النية مطلقا ولو في القضاء ولا يخفى بعده في مسئلة الجامع الكبير لان ذكر المال ظاهر في ارادة الطلاق فكيف يصدق القاضي اذا أنكر ارادة الطلاق وأما ما في الزبادات من اشتراطها فيعمل على ما في نفس الامر أي يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الامر لان الاصل ان اثبات أجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب لا يجب انما هو بالنسبة الى نفس الامر وليس كل ما يشترط في نفس الامر يشترط للقضاء غير انما ذلك اخترنا ما ذكره القاضي من انه لو أنكر الطلاق بقوله لم أنو فالقول قوله لا تنهض الوجه به لان تكرار أمره بالاختيار لا يصير ظاهرا في الطلاق بل وازان يريد اختاري في المال واختاري في المسكن ونحوه وهو كاعتدي اعتدي حيث يصدق في انكارية الطلاق لا مكان ارادة اعتدي نعم الله ومعاصيك ونعمي وما في البدائع لوقال اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقيتين التأكد لم يصدق لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال هذا كره الطلاق فكان الباقي طلاقا ظاهرا ومثله في المحيط ظاهر وقال في الكافي في مسئلة الكتاب قيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد رحمه الله التفرع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا فينبغي ان حذف النية في الجامع الصغير كذلك (قوله ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب) يعني هو في نفسه يشهد الفردية والنسبة المخصوصة فان بطل الثاني في خصوص هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك أعني الثلاث التي ملكتها بقوله اختاري ثلاث مرات اذ حقيقة الترتيب في أفعال الاعيان كما يقال صام حج لم يجز ابطال الاخر فيجب اعتباره (قوله والكلام للترتيب) ذكر في المبسوط لابي خنيفة وجهين أحدهما ان الاولى نعت ملوثة فاستدعي مذكورا بوصف به والمذكور ضمنا للاختيار فكانها قالت اخترت الاختيار أو المرة الاولى (ولو قالت ذلك طلقت ثلاثا والاخر انما أنت بالترتيب

(١٤ - فتح القدير ثلث) التي لزمته الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا (ولو قالت اخترت اختياره فهي ثلاث في قولهم جميعا) وهو واضح (ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتولية) يعني في جواب من قال اختاري

(قوله فالاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فبلغوا الترتيب الى قوله وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا) أقول آخر هذا الكلام يدل على صحة الترتيب وفي قوله اعتراف بعدم صحته فليأمل فانه لا يوافق المشروح أيضا ولا يدفعه ما ذكر في معرض الجواب عن أبي خنيفة رحمه الله قال المصنف (والكلام للترتيب) أقول إشارة الى الجواب عن قولهما قال المصنف (ولان الاختيار للتأكد) أقول فيه تأمل

(فهى واحدة تلك الرجعة لان هذا اللفظ) يعنى قولها قد طلقت نفسى أو اخترت بتطبيقه (بوجب الانطلاق) أى البيئونة بعد انقضاء العدة لكونه من ألفاظ الصريح وما يوجب البيئونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعا فهذا اللفظ بوجب الرجعى فان قيل اذن لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفروض اليها الاختيار وهو بقيد البيئونة أشار الى الجواب بقوله (فكانتم اخترت نفسها بعد العدة) فكان مطابقا من حيث (١٠٦) ان الاختيار قد وجد منها قال الشارحون وقوله تلك الرجعة غلط وقع من

الكاتب لان المرأة انما تنصرف حكم التفويض والتفويض بتطبيقه بائنة لكونه من التكنائيات فتلك البائنة لا غير والأصح من الرواية فهى واحدة ولا تلك الرجعة لان روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدرا الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل أيضا بسا عدا ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان أما وقوع الواحدة فلما قلنا وهوان التطبيق لا تتناول أكثر من الواحدة وانما تكون بائنا لان العامل بخير الزوج والواقع بالخير يثبت لانه عليك النفس منها والرجعى لا يثبت ملك النفس (وان قال لها أمرك بيدك في تطبيقه وأختار بتطبيقه فاختارت نفسها فهى واحدة تلك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطبيقه وهى تعقب الرجعة) قيل فعلى هذا كان قوله هذا فى التقدير بمنزلة قوله طلق نفسك قولها اخترت

فهى واحدة تلك الرجعة) لان هذا اللفظ بوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانتم اخترت نفسها بعد العدة (وان قال لها أمرك بيدك في تطبيقه أو اختارى بتطبيقه فاختارت نفسها فهى واحدة تلك الرجعة) لانه جعل لها الاختيار لكن بتطبيقه وهى معقبة للرجعة بالنص

لا فيما يلقى وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا بالكل وهذا اتم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف لغوى قوله في المكان فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجهه يتضمن جواب قوله ما ان كان لا يفيد الترتيب الخ لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاول فان كثيرا من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم ينسبه الى كلهم ثم رد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذى هو معنى الاول بل كل منهم ما مدلوله ليس أحدهما تبعا للآخر حتى اذا الغا فى حق الاصل لغا فى حق البناء وهو الافراد واذا الغا بقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا بالكل فيقع من ولذا اختار الطحاوى قولهما والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تضمني فقد يكون أحد جزئى المدلول المطابق هو المقصود والاخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والافراد من ضروراته فينتفى التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك لانه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفردية فيه حقيقيا أو اعتباريا كالتائفة الاولى والجماعة الاولى الامن حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا بطلت بطل الكلام وقد ضعف بعضهم تعليل أبى حنيفة ترجمه الله بأن الترتيب ثابت فى اللفظ وان لم يكن ثابتا فى المعنى فصديق وصفها بالاولى والوسطى الى آخره باعتبار ان قوله اختارى اختارى جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت لفظتك الاولى أو كلمتك الاولى ولا معنى له أصلا بعد فرض اهدار وصف الطلاق به وأبعد من هذا من رام الدفع عنه بأن المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلمته قط بل بكلمته امرية بها الطلاق ولوقال لها اختارى ثلاثا فقالت اخترت اختيرة أو الاختيرة أو مرة أو مرة أو دفعة أو دفعة أو واحدة أو اختيرة واحدة تقع الثلاث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان بمال لم يكن كماله (قوله فهى واحدة تلك الرجعة) وهو سهو بل بائن نص عليه محمد فى الزيادات وفى الجامع الكبير والمبسوط والواضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدرا الاسلام فان فيه ما فى الهداية وجه الصحيح ان الواقع بالخير يثبت بان لان التخيير عليك النفس منها وليس فى الرجعى ملكها نفسها وايضا وان كان بلفظ الصريح لا يثبت به الوقوع على الوجه الذى فوض به اليها والصريح لا يثبت البيئونة كفى تسمية المال فيقع به لانها لا تملك الا ما ملكك ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن فأوقعت الرجعى أو بالعكس وقع ما أمرها به لا ما أوقعت فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا لا اختارى حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلق نفسك حتى لا يقع به شئ الا عند زفر وسند ذكر جوابه فى فصل الامر باليد (قوله لكن بتطبيقه) قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلق نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا لطلق نفسك أجيب بأن

لا يصلح جوابا بقوله طلق نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا بقوله طلق لكونه أضعف من الطلاق فان آخر الزوج عليك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا صبح بالعكس لكون الطلاق أقوى وهما لم يكن أضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤل اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز ان يقع قولها اخترت جوابا له

(قوله قال الشارحون قوله عليك الرجعة غلط وقع من الكاتب) أقول كيف يكون غلطاً من الكاتب وقد عدل بما عمل به والجواب أن مرادهم ما وقع فى بعض نسخ الجامع الصغير ولم يذكر فيه تعليل

فصل في الامر باليد آخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم اذا جعل الرجل امر امراته يدها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسائل قال في النهاية الآن هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك لامرهما فاعلمنا بملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع (١٠٧) عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه

نظرا لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شيء وفي الامر باليد كذلك فينبغي أن لا يصح قياسا كما في الاختيار الا اذا ثبت انه اذا قال امرى منك بيدك أو امرتك مني يبدى وقوع الطلاق فيندفع (واذا قال لامرأته امرتك بيدك ينوى بذلك الثلاث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث) وبسببه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة على الثلاثة أما الاول فقد بينه

فصل في الامر باليد

(قوله كالحكم في التخيير في المسائل) أقول يعني من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما تقدم سوى نية الثلاث وما اذا قالت اخترت نفسي بتطبيق في جواب الامر باليد على ما ذكره المصنف (قوله الا اذا ثبت انه اذا قال امرى منك بيدك أو امرتك

فصل في الامر باليد (وان قال لها امرتك بيدك ينوي ثلاثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث) لان الاختيار يصلح جوابا بالامر باليد

آخر كلامه لما في الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له **فروع** قال أنت طالق ان شئت واختارى فقالت شئت واخترت يقع ثنتان بالشيئة والاختيار ولو قال اختارى اختارى اختارى بألف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الاوليان بلا شيء والثالثة بألف لانهم المقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشروط وكذلك لو قالت اخترت نفسي اختارة أو واحدة أو بواحدة ولو قالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة نطاق ثلاثا بألف على قول أبي حنيفة وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شيء ان قالت اخترت الاولى أو الوسطى وبألف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطبيق فهي واحدة بانه لا تطليقة اسم للواحدة فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض وبعد ذلك تسأل المرأة عن ذلك فان قالت عني الاول أو الثانية وقعت بلا شيء أو الثالثة بآلف ولو قال اختارى واختارى واختارى بالعطف بألف فالالف مقابل بالثلاث للعطف ولو قالت اخترت نفسي بتطبيق لم يقع شيء لان الواحدة لو وقعت وقعت بثلاث البديل ولم ير ضمه ولو قالت اخترت الاولى أو الثانية أو الثالثة وقعت ثلاث بألف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع بثلاث الالف ولو قال لها اختارى من ثلاث تطليقات ما شئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبي حنيفة لا غير لان من التبعض وعندهما تملك ان تطلق نفسها ثلاثا لانها البيان وهي معروفة

فصل في الامر باليد قدم التخيير لتأييده باجماع الصحابة والامر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما تقدم سوى نية الثلاث فانها تصح ههنا في التخيير واعلم ان التفويض بلفظ امرتك بيدك لا يعلم فيه خلاف وصحته قياسا واستحسانا وكذلك التفويض بلفظ اختارى بنفسك لانه يملك تطبيقها فله ان يملك بكل لفظ يفهم التفويض منه ولفظ اختارى بنفسك يفيد فعلى هذا انما تجب تقديم التفويض بلفظ اختارى لتأييده باجماع الصحابة رضي الله عنهم نصا بخلافه بلفظ الامر باليد فانه وان لم يعلم فيه خلاف أحد لم يقع به ذلك النقل صريحا وانما اختلف البابان في القياس والاستحسان في الايقاع بلفظ الاختيار فان ايقاعها به انما يجوز استحسانا باجماع الصحابة لا قياسا لان الزوج لا يملك الايقاع به فلا يملك به المملك إذ لا يكون مافي ملكه أووسع مما في ملك مملكه وهذا يتساوى فيه البابان فان ايقاعها بلفظ اخترت نفسي يصح في جواب امرتك بيدك كما يصح في اختارى وأما الايقاع بلفظ امرى يبدى ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا فلا تخم حول الحى وتترك النزول مخافة (قوله وان قال لها امرتك بيدك ينوي ثلاثا) أى ينوي التفويض في ثلاث (فقالت اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لان الاختيار يصلح جوابا بالامر باليد) وهما مقامان الوقوع وكونه ثلاثا والوقوع مبنى على صحته جوابا فأفاده بقوله لكونه أى الامر باليد عليك كالتخيير جوابه جوابه وهو منقوض بطريق نفسك فانه عليك كالتخيير ولا يصلح اخترت نفسي جوابا له حتى لا يقع به شيء الا عند زفر رجه الله وجواب شمس الاثمة بان الاختيار

من يبدى وقوع الطلاق فيندفع) أقول فيه بحث فانه اذا ثبت ما ذكره لا يفيد أيضا اذا مخالفة القياس في التخيير من حيث ان المرأة تطلق بقولها اخترت نفسي في جواب التخيير ولا يملك الزوج تطبيقه بذلك اللفظ فيكون مافي ملكه أووسع مما في ملك مملكها وذلك كذلك هنا اذا تطليقتها نفسها يكون هنا أيضا بلفظ الاختيار ولو قالت في الجواب امرى يبدى لا تطلق فليست امل

بقوله لان الاختيار يصلح جوابا باليد لكونه تمليكا كالتخير فكانا متساويين في القوة والضعف فجاز أن يقع جوابا له وأما كيفية الدلالة على الثلاثة فلان الواحدة صفة الاختيارية (فصارت كأنها قالت اخترت نفسي مرة واحدة) أي باختيار واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهي في الاولى الاختيارية وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارية فعبّر عنها بمرة وبذلك أي بقولها اخترت نفسي مرة واحدة يقع الثلاث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الى اختيار واحدة وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوض اليها ذلك (ولو قالت) يعني في جواب قوله لها أمرك بي بذلك (قد طلقت نفسي واحدة وأخترت نفسي بتطبيقه فهي واحدة بآئنه لان الواحد نعت لمصدر محذوف) فوجب إثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو في الاولى الاختيارية لدلالة اخترت عليها وفي الثانية التطبيقية لدلالة (١٠٨) طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قوله وهي في الاولى الاختيارية مع تقدم قوله والواحدة صفة

لكونه تمليكا كالتخير والواحدة صفة للاختيارية فصارت كأنها قالت اخترت نفسي مرة واحدة وبذلك يقع الثلاث (ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة وأخترت نفسي بتطبيقه فهي واحدة بآئنه) لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارية وفي الثانية التطبيقية لأنها تكون بآئنه لان التفويض في البائن ضرورة ملكها أمرها وكلامها مخرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع

أضعف من لفظ الطلاق ولذا لو قالت طلقت نفسي فأجازه مبتدأ مجاز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وان أجازه ولا يملك هو الإيقاع به فصلح الأقوى جوابا بالضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الأقوى يصلح جوابا بالضعف بلا عكس يحتاج الى التوجيه ويمكن كونه لان الجواب هو العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا ومساويا وفرق فاضحان في شرح الزيادات بان قولها اخترت منهم وقوله طلقت نفسي مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالنفس في أحد الجانبين ثم أعاد الثاني بقوله (والواحدة) أي التي نطقت بها (صفة الاختيارية فصارت كأنها قالت اخترت نفسي مرة واحدة وبذلك يقع الثلاث) وكان الظاهر ان يقول باختيار واحدة لانه جعلها وصفها لكونه قصد التثنية على ان موجب وقوع الثلاث لو صرح بقولها اختيار واحدة كون المراد بمرة واحدة فان الاختيار ليست الامر من الاختيار وإذا كان اختيارها مرة واحدة تنفي الاختيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بان يقع الثلاث ويقال في العرف تر كته بمرة واحدة وكرهته بمرة وأعرضت عنه مرة واحدة وما لا يخص من هذا لا يراد به الا بلوغ ما يقيد به من الترك مثلا والكرهه والاعراض منتهى وأورد بعضهم انه ينبغي ان يقع به طلبة واحدة لان بواحدة يحتمل كونها صفة مطلقة ولما جعل أمرها يدها في التطبيق فقولها اخترت نفسي بواحدة يحتمل كلا من كون ارادة الموصوف طلبة أو اختيارية فإذا نوتها ولم تكن لهائية تقع واحدة والجواب ان الاحتمالين لم يتساويا فان خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما اذا أجابت بطلقت نفسي بواحدة حيث تقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضا وبهذا وقع الفرق بين جوابها

للاختيار لانه عادة لبائن قرينة المحذوف وكأنه قال وهو في الاولى الاختيارية لدلالة اخترت عليها فتكون في الثانية التطبيقية لدلالة طلقت عليها الا أنها تكون بآئنه لان أمرك بي بذلك من الفاظ الكناية والواقع بها بائن فيمساوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض في البائن ضرورة انه ملكها أمرها فقوله في البائن خبران وتشريره التفويض حصل في البائن لضرورة انه ملكها أمرها وان تمليكها ايها أمرها يقتضي البيهونة لكون الامر باليد من الفاظ الكناية وكلامها مخرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة يعني البيهونة في التفويض مذكورة في إيقاع المرأة كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطبيقه

في جواب اختاري وبين قولها ذلك في جواب أمرك بي ذلك عند المصنف حتى كان الواقع في الاول رجعا كما تقدم وفي الثاني بطلقت بآئنه كما ذكره وهل هذا الادليل على أن ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان الاختيار القياس فيه أن لا يقع به الطلاق وان نوى الزوج الأنا استخسناه لاجتماع الصحابة والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لافي البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق (قوله لان الاختيار يصلح جوابا باليد لكونه تمليكا كالتخير فكانا متساويين في القوة والضعف) أقول فيه ان التفسير مؤيد بالاجماع فيكون أقوى (قوله أي باختيار واحدة بدليل ما بعده) أقول لتعديل تفسيره (قوله لانه عادة لبائن قرينة المحذوف الخ) أقول فيه تأمل الان يقال يفهم ذلك من التفصيل والمقابلة (قوله لكون الامر باليد الخ) أقول محل بحث والاصوب أن يقول والام تمك أمرها (قوله والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لافي البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق) أقول فيه بحث لا يرى الى ما قاله المصنف من ان الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها ثبت اختصاصها بها

الوارد في كلامها عن موجه بخلاف الامر باليد لانهم ان الفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما نقلنا عن صاحب النهاية في أول هذا الفصل (وانما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك دون اختاري لانه يحتمل العموم والخصوص) قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر يومئذ لله أراد به الاشياء كلها وانما كان الامر اسما عاما صلح اسم الكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم (بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل) يعني في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع (١٠٩) وقوله (ولو قال لها أمرك بيدك

اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل) حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق (وان ردت الامر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد) لانه صرح بذلك كروقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناول الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفسرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبردا أحدهما لا يرتد الآخر وقال زفر رحمه الله هما أمر واحد بعبارة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأنيث والامر باليد يحتمله في وقت الامر بالاول وجعل الثاني أمر مبتدأ بطلقت نفسي واحدة حيث يقع واحدة بآئنة واخترت نفسي واحدة حيث يقع ثلاث. وانما كان التطبيق بآئنة لان التفويض انما يكون في البائن لانها به تلك أمرها وانما تلك بالباين لا بالرجعي وإذا علم ان الامر باليد مما يراد به الثلاث فاذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعد ما طلقت نفسها ثلاثا في الجواب يحلف انه ما أراد به الثلاث (قوله وقد حققناه من قبل) أي في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع (قوله ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل الى آخره) حاصله ان قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان في حكمين أحدهما انهما لو اختارت زوجها اليوم وخرج الامر من يدها فيه تلك بعد الغد والثاني عدم ملكها في الليل وفي اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا تلك طلاق نفسها غدا أي نهارا وتلك ليلا والفرق مبني على انه عليك واحد في اليوم وغدا وتلك كان في اليوم وبعد غد وجعله زفر رحمه الله في الكل عليك واحد في اليوم وبعد غد فلم يثبت الخيار بعد الغد إذا ردت اليوم قياسا على طلق نفسك اليوم وبعد غد حيث يقع الطلاق واحد افكذ يكون هنا أمر واحد وعلى أمرك بيدك اليوم وغدا قلنا الطلاق لا يحتمل التأنيث واذا وقع نصيره طاقا في جميع المرفذ كبر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضي طلاقا آخر أما الامر باليد فيحتمله فيصعب ضرب المدة لغير ان عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما زمن مماثل لهم ما ظاهر في قصد تنقيص الامر المذكور بالاول وتقييد امر آخر بالثاني والالم تكن لهذه الطفرة معنى واذا كان كذلك يصير لفظ يوم مفردا غير مجموع الى ما بعده في الحكم المذكور لانه صار عطف جملة أي أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد ولو قال أمرك بيدك اليوم لا يدخل الليل بخلاف اليوم وغدا فانه لم يفصل بينهما يوم آخر لتقوم الدلالة على قصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التملك الواحد فهو كقوله أمرك بيدك في يومين وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا على ان على ما روى ابن رستم من انه اذا قال أنت طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين بخلاف اليوم وغدا مجتمع قياسه وأيضا في طالق اليوم وبعد غد ثبت فيه الحكم في الغد لانها طالق فيه أيضا بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد فان الاتفاق على أن لا خيار لها في الغد لم يلحق به من كل وجه

اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل) حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق (وان ردت الامر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد) لانه صرح بذلك كروقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناول الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفسرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبردا أحدهما لا يرتد الآخر وقال زفر رحمه الله هما أمر واحد بعبارة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأنيث والامر باليد يحتمله في وقت الامر بالاول وجعل الثاني أمر مبتدأ بطلقت نفسي واحدة حيث يقع واحدة بآئنة واخترت نفسي واحدة حيث يقع ثلاث. وانما كان التطبيق بآئنة لان التفويض انما يكون في البائن لانها به تلك أمرها وانما تلك بالباين لا بالرجعي وإذا علم ان الامر باليد مما يراد به الثلاث فاذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعد ما طلقت نفسها ثلاثا في الجواب يحلف انه ما أراد به الثلاث (قوله وقد حققناه من قبل) أي في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع (قوله ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل الى آخره) حاصله ان قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان في حكمين أحدهما انهما لو اختارت زوجها اليوم وخرج الامر من يدها فيه تلك بعد الغد والثاني عدم ملكها في الليل وفي اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا تلك طلاق نفسها غدا أي نهارا وتلك ليلا والفرق مبني على انه عليك واحد في اليوم وغدا وتلك كان في اليوم وبعد غد وجعله زفر رحمه الله في الكل عليك واحد في اليوم وبعد غد فلم يثبت الخيار بعد الغد إذا ردت اليوم قياسا على طلق نفسك اليوم وبعد غد حيث يقع الطلاق واحد افكذ يكون هنا أمر واحد وعلى أمرك بيدك اليوم وغدا قلنا الطلاق لا يحتمل التأنيث واذا وقع نصيره طاقا في جميع المرفذ كبر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضي طلاقا آخر أما الامر باليد فيحتمله فيصعب ضرب المدة لغير ان عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما زمن مماثل لهم ما ظاهر في قصد تنقيص الامر المذكور بالاول وتقييد امر آخر بالثاني والالم تكن لهذه الطفرة معنى واذا كان كذلك يصير لفظ يوم مفردا غير مجموع الى ما بعده في الحكم المذكور لانه صار عطف جملة أي أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد ولو قال أمرك بيدك اليوم لا يدخل الليل بخلاف اليوم وغدا فانه لم يفصل بينهما يوم آخر لتقوم الدلالة على قصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التملك الواحد فهو كقوله أمرك بيدك في يومين وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا على ان على ما روى ابن رستم من انه اذا قال أنت طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين بخلاف اليوم وغدا مجتمع قياسه وأيضا في طالق اليوم وبعد غد ثبت فيه الحكم في الغد لانها طالق فيه أيضا بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد فان الاتفاق على أن لا خيار لها في الغد لم يلحق به من كل وجه

لا يحتمل التأنيث فكانت الطالق اليوم طاقا غدا وبعد غد وغيره وأما الامر باليد فانه يحتمله وذكروا قتين غير متصل أحدهما بالآخر لتدخل وقت بينهما غير مذكور في وقت بالاول وجعل الثاني أمر مبتدأ كانه قال وأمرك بيدك بعد غد

(قوله قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شيء الخ) أقول قبل هذا خلط بين الكلامين المتدافعين وهل هذا الاحبط والحواب ان مراده بقوله اسم عام يتناول كل شيء هو تناول على سبيل البدل وارادة الاشياء كلها من قوله تعالى والامر يومئذ لله بواسطة الالف واللام الاستغرافية والمراد من قوله صلح اسم الكل صلح اطلاقه لكل فعل

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك فإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها في غد) لان هذا أمر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يجمع الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال أمرك بيدك في يومين وعن أبي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا لانها لا تغلظ رد الأمر كما لا تغلظ رد الإيقاع ووجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها ردا للأمر لان المخير بين الشئتين لا يملك إلا اختيار أحدهما

وقول المصنف وقدم جمع الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لاعتباره تعليل لدخول الليل في التملك المضاف الى اليوم وغدا لانه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد ذلك المعنى أعنى انه قد يجمع الليل ومجلس المشورة لم ينقطع (قوله) وعن أبي حنيفة في مسألة أمرك بيدك اليوم وغدا انها اذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا) رواه أبو يوسف عنه ووجهه ان المرأة لا تغلظ رد الإيقاع الزوج ولو نجز فكذا لا تغلظ رد الأمر لانه تملك ثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالإيقاع منه وحاصله ان ردها لغو فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها في الغد ومقتضى هذا ان لها أن تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه أيضا فصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيراها في اليوم وغدا واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الأمر من يدها وتحقيق وجه الظاهر ان ثبوت هذا الملك مغيثا شرعا بأحد الأمور من انقضاء مجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شرعي أو بفعل ما يدل على الاعراض أو اختيارها زوجها فاذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الإيقاع عنها فلا تغلظ اختيار نفسها بعد ذلك ويضاف توقيت التملك ثم هذه الى الإجماع على خلاف القيام مع ان توقيتها في الجملة ثابت شرعا كما في الاجارة والوجه تشبيهه بالعارية لوجهين كونه بلا عوض والعارية تملك المنفعة بلا عوض والثاني ان توقيتها ليس بعمدة معينة لان انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية اذ قد يمتد يوما ويوما أو أكثر وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الاعراض بخلاف الاجارة وأما تقريره بأن المخير بين أمرين انما له اختيار أحدهما فكما انها اذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فاختار زوجها الى النكاح كذلك اذا اختارت زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكحة التي هي مبنى جواز اختيارها نفسها أعنى ان الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد انما يرتد بشرط التملك وقد قلنا ان هذا التملك يثبت الملك بلا قبول وقد ظهر من وجه الظاهر رجل الرد المذكور في رواية أبي يوسف على اختيارها زوجها ولا شك انها لا تتعرض لمصلحة الرد فيمكن حمل ردها على كونه بما يكون بلفظ الرد ونحوه بان تقول عقيب الملك بتخييرها ردت التفويض أولا أطلق ويكون هذا اعطاء لنفس هذا الحكم ويكون هو مستند ما فرغ في الذخيرة حيث قال لوجهل أمرها بيدها أو بيد أجنبي يقع لازما فلا يرتد ردها والمسئلة مروية عن أصحابنا وبما ذكرنا نصدف المناقضة الموردة في الأمر باليد حيث صرح في الرواية انه لا يرتد بالرد وفي الكتاب انه يرتد أعنى في قوله أمرك بيدك اليوم وغدا وان ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها فان المراد بردها اختيارها زوجها اليوم وحقيقته انها ملكها وهنالك المراد ان تقول ردت فلم يبق تدافع لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع في ذلك حيث نقلوا انه لا يرتد ونقلوا انه يرتد بالرد ووفقوا بانه يرتد بالرد عند التفويض وأما بعده فلا يرتد كما اذا أقرب مال رجل فصدقه ثم ردا قراره لا يصح وحاصله انه كالإبراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الاسقاط أو التملك أما الاسقاط فظاهر وأما التملك فقال تعالى وان تصدقوا خير لكم هي الإبراء تصدقا ومما وقع في هذا الباب من المناقضة ما ذكر في الفصول لو قال لأمر أنه أمرك بيدك ثم طلقها بانناخرج الأمر من يدها وقال في موضع آخر لا يخرج وان كان الطلاق باثنا ووفق بان الخروج فيما اذا كان منجزا وعدمه اذا كان معلقا مثل ان قال

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك) وكلامه ظاهر وقوله (لانها لا تغلظ رد الأمر كما لا تغلظ رد الإيقاع) معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الذي صدر من زوجها بان تقول لا أقبل كما انه ليس لها أن ترد الإيقاع الذي أوقعه زوجها عليها بقوله أنت طالق واذا كان كذلك كان الأمر باقيا في الغد كما كان وكان لها أن تختار نفسها غدا وقوله (وجه الظاهر) ظاهر وكذا

(قوله معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الخ) أقول هذا لا يدل على انه ليس لها أن ترد اذا اختارت زوجها والكلام فيه فليتأمل

قوله (وعن أبي يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم) قال شمس الأئمة هذه هي الرواية الصحيحة (١١١) وجعل قاضيان هذه الرواية أصل

الرواية ولم يذ كر خلاف أحدا
وقوله (وان قال أمرك بيدك
يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم
تعلم يقدمه حتى جن الليل فلا
خيار لها) ظاهر مما تقدمناه
في آخر فصل إضافة الطلاق
واليه أشار بقوله وقد حققناه
من قبل وقوله (فتيقوت به)
أي بالنهار ثم ينقض بانقضائه
(واذا جعل أمرها بيدها أو
خيرها فكتبت يوم لم تقسم
فالأمر في يدها لم تأخذ في
عمل آخر لان هذا عليك
التطبيق منها لان المالك
من يتصرف برأى نفسه)
وهذه تصرف برأى نفسها
فهى مالكة والتعليك
يقتصر على المجلس (وقد
بيناه) يعنى فى فصل
الاختيار من قوله التملكيات
تقتضى جوابا فى المجلس كما
فى البيع قيل فيه نظر لانه
قال قبل هذا اذا قال أمرك
بيدك اليوم وغدا يدخل
الليل فى ذلك وذلك يقتضى
ان الامر بيدها لا يبطل
فى يومين وان قامت عن
المجلس لانه لو بطل بالقيام
عن المجلس لم يكن لتقييده
بيومين فائدة لان المرأة اذا لم
تقم من مجلسها يوما أو أكثر
لا يخرج الامر من يدها
وهذا يقتضى أن يقتصر
على المجلس

(قال المصنف لان المالك

من يتصرف برأى نفسه وهى
بهذه الصفة) أقول قال ابن

الهام منقوض بالوكيل فانه أيضا يتصرف برأى نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذى يتصرف لنفسه وكأنته تركه العلم بان التفويض
الى الاجنبى عليك وهو لا يتصرف لنفسه انتهى وفيه بحث (قوله وهذا يقتضى الخ) أقول يعنى قوله هذا والتعليك يقتصر على المجلس

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انما أمران لما نهذا ذكر
لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم (وان قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم يقدمه
حتى جن الليل فلا خيار لها) لان الامر باليد مما يتقدم فيعمل اليوم المقر ونه على بياض النهار وقد
حققناه من قبل فتيقوت به ثم ينقض بانقضائه (واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فكتبت يوما
لم تقم فالامر في يدها لم تأخذ في عمل آخر) لان هذا عليك التطبيق منها لان المالك من يتصرف برأى
نفسه وهى بهذه الصفة والتعليك يقتصر على المجلس وقد بيناه

أكثر ترابزنا فأمرك بيدك ثم طلقها بانثنا أو خالها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الامر
بيدها ولو طلقها بانثنا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصریحهم
بعدمه اضافته كفى المسئلة الانية اذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان وسيأتى الكلام فيها (قوله وعن
أبي يوسف انه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انما أمران) حتى لو اختارت زوجها
اليوم لها أن تطلق نفسها غدا لانه ثبت لها فى الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضى باختيارها
الزوج قال السر حسى وهو صحيح لانه لما ذكر لكل وقت خبرا عرف انه لم ير اشتراك الوقتين فى خبر واحد
والاصل استقلال كل كلام وذ كر قاضيان هذه ولم يذ كر فيها خلافا فلم يبق تخصيص أى يوسف الا
لانه يخرج الفرع المذكور واعلم انه يتفرع على هذا عدم جواز اختيارها لنفسها لئلا فلا تغفل عنه
لانه أثبت لها فى يوم مفرد ولا يدخل الليل والثابت فى اليوم الذى يليه بأمر آخر كقوله أمرك بيدك
اليوم حيث عندنا فى الغروب فقط بخلاف قوله أمرك بيدك فى اليوم انما يتقدم بالمجلس وهو على
ما قدمناه من الاصل فى أنت طالق غدا وفى غدا وفى جامع التمرائى أمرك بيدك اليوم غدا بعد غد
فهو أمر واحد فى ظاهر الرواية لانهم أوقات مترادفة فصار كقوله أمرك بيدك أبدا فيرد بردها مرة
وعن أبي حنيفة ثلاثة أمور لانهم أوقات حقيقة (قوله واذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان صح)
ولها أن تطلق نفسها يوم يقدم وهذا أيضا بما ينفرد به سائر التملكيات فانهم لا تصح اضافتها ولا
تعلية بها بخلاف هذا لانه انما هو عليك فعل فلا يقتضى لوازم تملكيات الاعيان كما تقدم وقد يخرج
على انه فى معنى التعليق فان قيل يخالفه ما فى شرح الزيارات لقاضيان لو قال أمرك بيدك فطلق
نفسك ثلاثا السنة أو ثلاثا اذا جاء غد فقالت فى المجلس اخترت نفسى طلق ثلاثا لئلا الحال ولو قامت
عن مجلسها قبل أن تقول شيئا بطل لان قوله فطلق نفسك ثلاثا تفسير الامر والامر باليد يحتمل
الثلاث امالا يحتمل التعليق والاضافة الى وقت السنة لان الامر باليد يقتضى المالكية والامر على
هذا الوجه لا يفيد البينة فى الحال فلا تثبت المالكية ولهذا لو قال أمرك بيدك ونوى السنة
أو التعليق لا يصح فاذا ألحقه بما كان نفسا ثبت ما يحتمل وهو الثلاث ولا تثبت ما لا يحتمل وهو
السنة والتعليق فالجواب أن معنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التخيير للتعليق لانه ليس من أفراد
ولا متعلقه بعد ما ذكر ان قوله فطلق نفسك ثلاثا السنة أو اذا جاء غد تفسير لذلك التفويض فكان
التعليق مراد باللفظ ثم لو لم تعلم يقدمه حتى انقضى يوم قدمه ودخل الليل فلا خيار لها لان الامر
باليد مما يتقدم فيعمل اليوم المقر ونه على النهار لاعلى الوقت مطلقا وقد حققناه من قبل يعنى
فى آخر فصل إضافة الطلاق وانما لم يعتبر التقدم فيعمل اليوم على الوقت مطلقا لانه غير متمسك
حققناه هناك من ان المعتبر بامتداده وعدمه هو المضاف لانه المقصود (قوله واذا جعل أمرها
بيدها أو خيرها فكتبت يوما لم تقم فالامر في يدها لم تأخذ في عمل آخر لان هذا عليك
التطبيق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة والتعليك يقتصر على المجلس وقد بيناه)

ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذا القيام يفرق الرأى بخلاف ما اذا مكثت يوم لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد قصر فيبقى الى أن يوجد ما يقطعه أو ما يدل على الاعراض وقوله مكثت يوم ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل (ولو كانت قائمة جلست فهي على خيارها) لانه دليل الاقبال فان القعود أجمع للرأى (وكذا اذا كانت قاعدة فانتكأت أو متكئة فمعدت) لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبة فتربت قال رضى الله عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فانتكأت لا خيار لها لان الانتكاه اظهرها والنهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت فقيسه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله (ولو قالت ادع أبى أستشير أو شهدوا أشهدهم فهي على خيارها) لان الاستشارة لا تحرى الصواب والشهادت لا تحرز عن الانتكار فلا يكون دليل الاعراض (وان كانت تسير على دابة أو في محل فوفقت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها) لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها

يصح ترتيبها على جهة الملك هنا ولا حاجة الى اعتبار جهة التعليق وقولهم كانه قال اذا اطلقت نفسك فانت طالق يمكن اجراؤه في الوكالة كانه قال اذا بيعت متاعى فقد أجزت ببيعك والولاية كأن الامام قال له اذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمنا والاعتبارات التي لا أثر لها كثيرة في دائرة الامكان (قوله وقوله) أى قول محمد رحمه الله تعالى (ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه) فلا يثبت من غير قيام أو أكل قليلا أو شرب أو قرأت قليلا أو سبحت أو قالت ادعوا الى أبى أستشير أو الشهود وما أشبه مما هو عمل الفرقة من غير أن تقوم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا مثله في قوله اختارى وطلقى نفسك وأنت طالق ان شئت وكذا اذا قال لاجنبى أمر امرأتى بسدك أو طلقها اذا شئت أو ان شئت أو أعتق عبدى اذا شئت بخلاف قوله بعته ان شئت لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق ولو اغسلت أو امتشطت أو اخنضبت أو جامعها يبطل وذكر المرغينانى ان لم تجسد من يدعوا الشهود فقامت لتدعو ولم تنقل قبل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الاعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذريه كما لا تعذر فيما اذا أقيمت كرها وقيل اذا لم تنقل لم يبطل واذا انتقلت فقيسه روايتان ولونامت وهي قاعدة أو كانت تصلى المكتوبة أو الوتر فأنتمأ والنفل فأنتم ركعتين لا يبطل خيارها ولوقامت الى الشفع الثانى بطل الا فى سنة الظهر عن محمد وهو الصحيح ولو قال أمرك بسدك فقالت لم لا تطلقنى بلسانك فطلعت نفسها اطلقت لان قولها لم لا تطلقنى ليس ردا فتملك بعده الطلاق قبل فيه نظر لان قولها لم الخ كلام زائد فيتبدل به المجلس وفيه نظر لان الكلام المبدل للمجاس ما يكون قطع الكلام الاول وافاضته في غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق (قوله والاول أصح) أى ما ذكر في الجامع الصغير أصح مما ذكر في غيره وهو الاصل لان من حربه أمر قد يستند لاجل التفكير لان الاستناد والاتكاه سبب للراحة كالقعود فى حق القائم ولانه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للمجالس (قوله وان سارت بطل) قيل لو اختارت نفسها مع سكوتها والدابة تسير طلعت لانها لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكما وهذا لان اتحاد المجلس انما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد اذا كان من غير فصل ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو المحمل أولا ولو كانت راكبة فنزلت أو تحوأت الى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها وفي المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره في النخاية لانه والحالة

وقوله (ويخرج الامر من يدها) ظاهر وقوله (وليس للتقدير به) أى باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله وقوله قول محمد في الجامع الصغير وقوله (ولو كانت قائمة جلست) ظاهر وقوله (والاول) أى رواية الجامع الصغير (أصح) لان من حربه أمر قد يستند للتفكير لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله (فقيسه روايتان عن أبى يوسف) فى رواية الحسن عنه لا تبطل وفى رواية الحسن بن أبى مالك عنه تبطل وهو قول زفر ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرناه قبل خص أبى يوسف بالذكر وان احتمل أن يكون قول صاحبيه كذلك لانهما نقلاه عنه وقوله (ولو قالت ادع أبى أستشير) ظاهر

وقوله (والسفينه بمنزلة البيت) يعنى انها اذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر

فصل في المشيئة ﴿ قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال عن تقدم الامر باليد والمشيئة دورى فيسقط (ومن قال لامر أنه طلق نفسه ولا يسهله أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسى فهى واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا أو قد أراد الزوج ذلك وقعن) سواء طلقت بجملة أو متفرقة وقوله (لان قوله طلق) (١١٤) ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة

أولى (وان قال لها طلق نفسك فقالت أبنت نفسى طلقت ولو قالت قد اخترت نفسى لم تطلق) والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب ان الابانة من ألفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع وصلة النكاح ألا ترى انه لو قال أبنتك بنوى الطلاق أو قالت أبنت نفسى فقال الزوج قد اخترت ذلك بانت وألفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه تطليقة فكانت الابانة موافقة للتفويض في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه أى فى الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعة انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فاما أن يبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف أو يلغى الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف لتصحيح الاصل أولى فيصار اليه كما لو قالت فى جواب طلق نفسك تطليقة طلقت نفسى تطليقة بآئنة

فصل في المشيئة ﴿

(والسفينه بمنزلة البيت) لان سيرها غير مضاف الى راكبها ألا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة ﴿ (ومن قال لامر أنه طلق نفسه ولا يسهله أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسى فهى واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا أو قد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) وهذا لان قوله طلق معناه افعلى فعل التطبيق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلاث وينصرف الى واحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى التنتين لاصح لانه نية العدد الا اذا كانت المستوحدة أمة لانه جنس فى حقها (وان قال لها طلق نفسك فقالت أبنت نفسى طلقت ولو قالت قد اخترت نفسى لم تطلق) لان الابانة من ألفاظ الطلاق ألا ترى انه لو قال لامر أنه أبنتك بنوى به الطلاق أو قالت أبنت نفسى فقال الزوج قد أجرت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغى الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسى تطليقة بآئنة

هذه كالسفينه (قوله والسفينه كالبيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها) بل الى غيره من الريح ودفع الماء فيماله جربة كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل يتبدل المجلس وعن أبى يوسف ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

فصل في المشيئة (قوله ومن قال لامر أنه طلق نفسه ولا يسهله أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسى فهى واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا أو قد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) سواء أو وقعتا بلفظ واحد أو متفرقا وانما صرح ارادة الثلاث (لان قوله طلق نفسك معناه افعلى فعل التطبيق) فهو مذكور لانه جزء معنى اللفظ فصيح نسبة العموم غير أن العموم فى حق الامة تثنان وفى حق الحررة ثلاث وقد تقدم (قوله وان قال لها طلق نفسك فقالت أبنت نفسى طلقت) أى رجعيها ولو قالت اخترت نفسى لم تطلق وحاصل الفرق بين صحة الجواب بأبنت وعدمه باخترت ان المفوض الطلاق والابانة من ألفاظه التى تستعمل فى إيقاعه كناية فقد أجابت بما فوض اليها بخلاف الاختيار لانه ليس من ألفاظ الطلاق لاصريحا ولا كناية ولهذا لو قالت أبنت نفسى توقف على اجازته ولو قالت اخترت نفسى فهو باطل ولا تلحقه اجازة وانما صار كناية باجماع الصحابة رضى الله عنهم فيما اذا جعل جوابا بالتخيير غير انها زادت وصف تعجيل البيئونة فيه فيلغى الوصف ويثبت الاصل لا يقال قد صرح جوابا بالامر باليد لانا نقول الامر باليد هو التخيير معنى فيثبت جوابا به بدلالة نص اجماعهم على التخيير وهذا لان قوله أمرك بيدك ليس معناه الا انك تخيرة فى أمرك الذى هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه حيث جعل جوابا بالتخيير بلفظ التخيير كان جوابا بالتخيير عمدا فلهذا العلم بأن خصوص اللفظ ملغى بخلاف طلق لانه وضعا طلب الطلاق لا التخيير بينه وبين عدمه ثم اذا أجابت باخترت نفسى خرج الامر من يدها باستغالها بما لا يعنى فى ذلك الامر وعن أبى حنيفة انه لا يقع بجوابها

(قوله لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى) أقول انما ابتدأ به لان ما ذكر فيه المشيئة مما لم يذكر فيه بمنزلة المركب من المفرد وبه أيضا يظهر وجه ذكر هذه المسئلة وأمثالها فى هذا الفصل فليست أم (قوله فكان الابتداء فيه بمسئلة الخ) يعنى ويذكر ما لم يذكر فيها المشيئة بعدها على سبيل التبع والاستطراد (قوله لانها وضعت لقطع وصلة النكاح) أقول فيه بحث (قوله وألفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه راجع الى ما

وقوله (وينبغي أن تقع تطليقة رجعية) انما قال هكذا نفسيرا لكلام محمد فانه قال طلفت ولم يتعرض لشيء آخر وأرى انه مستغنى عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل وقوله (بخلاف الاختيار) متعلق بقوله لان الابانة من ألفاظ الطلاق وهو واضح (وعن أبي حنيفة انه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لانها أنت بغير ما فوض اليها) حيث كان المفوض الطلاق وما أنت به الابانة وهما متغايران لاحتمال وفي هذه الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن أبي يوسف انهم اطلق طلاقا بانثالان الزوج ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو عاك ايقاع البائن والرجعي فكذا (١١٥) هي وفي هذا ترك اعتبار المطابقة

بين التفويض والجواب والفقهاء هو الاول أعنى ظاهر الرواية (وان قال لها طلقي نفسك) ظاهر وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين والاقتصار على المجلس نظرا الى التملك وفيه مطالبان احدهما ماوجه

وينبغي أن تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من ألفاظ الطلاق الا ترى أنه لو قال لامرأة اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد أجرت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو وعن أبي حنيفة انه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لانها أنت بغير ما فوض اليها اذا الابانة تغاير الطلاق (ولو قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه) لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تملك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وابانة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جاز أن يكون معنى طلقي ضرتك ان أردت طلاقها فهي طالق والثانية ماوجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاول ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما وجوده متردد ووجود طلاق الضرر اذا فرض اليها امر كائن لاحتمال طبعها وعادة فلا يصلح شرطاً وأجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والتوكيل هو

بأبنت نفسي لانها أنت بغير ما فوض اليها لان الابانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر ويخرج الامر من يدها كما يخرج بقولها اخترت وصار كما لو قال طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة أو قال ثلاثا فطلقت ألفا لا يقع شيء والجواب انها خالفتها فيهما في الاصل في الاول ظاهر وكذا في الثانية لان ايقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافا معتبرا بخلاف ما نحن فيه لانها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الاصل فلا يعد خلافا اذا الوصف تابع واعلم ان المستثنين ذكرهما التمرناشي والخلاف فيهما في الاصل انما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غيره لذلوقعت على الموافقة أعنى الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والالف والخلاف في مسألة الكتاب باعتبار المعنى فان الواقع مجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن وقد اعتبر الخلاف مجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى خلافا فانظر الى انه الاصل في ايقاع والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه ما لا يخفى (قوله ولو قال لها طلقي نفسك ليس له ان يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لانه تملك الطلاق بخلاف قوله طلقي ضرتك لانه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع) وكذا قوله لا يجني طلقها أو قول لا يجني لها طلق فلا تانها عاملة فيه لغيرها وكذا المديون في ابراءه بغيره بغيره بالاداء له أبرئ ذمتك عامل لغيره بالاداء ونفسه ضمنا على التوكيل استعانة فلوزم فاعاك الرجوع عاده على موضوعه بالنقض وقد منع عدم ظهور الفرق بين طلقي وأبرئ ذمتك اذ كل ما يمكن اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر وان عدم الرجوع أيضا يفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على انه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة وانه لا حاجة الى ترتيبه على معنى التعليق المستفاد لانه يمكن مثله في الوكالات والولايات فلوصح لزوم أن لا يصح الرجوع عن توكيل وولاية وأما الاقتصار على المجلس فبالاجماع على خلاف

الذي يعمل لغيره والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتقليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق ضرتها عمل لنفسها فانها في طلاق نفسها ولان صورتين اما أن يكونا من باب المشيئة أولا والمالك لشمول التملك أو شمولى التوكيل أو التملك الباطل

(قوله وقوله وينبغي أن تقع تطليقة رجعية انما قال هكذا الى قوله ويثبت الاصل) أقول قيل بل لا وجه له لان ظاهر عبارة ينبغي ينافي نص عبارة يلغو (قوله وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب) أقول اذا كان المفوض الطلاق والابانة من ألفاظه كيف يوجد ترك المطابقة والجواب ان الطلاق اذا أطلق لا يكون رجعي

(وان قال لها طلق نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده) لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها فصار كما اذا قال في أي وقت شئت (واذا قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها في المجلس وبعده) وله أن يرجع عنه لانه وكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلق نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تملكها لا توكيلها (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة) وليس للزوج أن يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاوّل سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصارك لو وكيل

القياس (قوله وان قال لها طلق نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده) وكذا اذا شئت واذا ما شئت لما ذكرنا من العموم ويرد على قول أي خفيفة في إذا أنها عنده بمنزلة ان فلا تقتضي بقاء الامر في يدها وفيه جواب المصنف بأن يمكن أن تعمل شرط وان تعمل طرفا والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وصار كما اذا قال في أي وقت شئت ولانها انما ملك ما ملكت وانما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها وبهذا يتضح ان هذا اضافة للتمليك لا تنجز ومن فروع ذلك انها اذا طلقت نفسها بلا قصد غلط لا يقع اذا ذكر المشيئة ويقع اذا لم يذكرها وقد قدمنا في أول باب ايقاع الطلاق ما يوجب جعل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطاً على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى (قوله وان قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها في المجلس وبعده) وله أي لا قائل (أن يرجع لان هذا وكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم) وله أن يرجع ولا يقتصر والوكيل أن يفعله بعد المجلس بخلاف قوله لها طلق نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تملكها لا توكيلها (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والاوّل) وهو قوله للرجل طلق امرأتى بلا ذكر مشيئة (سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه) وكيل كان أو مالكا (يتصرف عن مشيئته) فصارك كما اذا قال له بع عبدى هذا ان شئت لا يقتصر وله الرجوع أجيب بان ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في انه اذا أثبت له المشيئة لفظا صار موجب اللفظ التملك لا التوكيل لان تصرف الوكيل لغيره انما هو عن مشيئة ذلك الغير وان كان امثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فانه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء غير غير ذلك امثالا فاذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تملكيا فيستلزم حكم التملك بخلاف البيع لانه لا يحتمل التعليق فيلغو وصف التملك ويبقى الاذن والتصرف بمقتضى مجرد الاذن لا يقتصر على المجلس قبل فيه اشكال لان البيع فيه ليس بعلق بالمشيئة بل العلق فيه الوكالة بالبيع وهي تقبل التعليق وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل وذلك لان التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق بالتوكيل أو عدم القبول والرد والى هنا تم من المصنف اناطة وصف التملك مرة بأنه يعمل برأى نفسه بخلاف الوكيل ومرة بأنه عامل لنفسه بخلافه ومرة بأنه يعمل بمشيئة نفسه وليس الرأى والمشيئة واحدا فان العمل بالرأى العمل بما يراه أصوب من غير أن يؤخذ في مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره ومشيئته أي باختياره ابتداء بلا اعتباره على مطابقة أمر من غير اعتبار معنى الاصولية في متعلقها بل هي والارادة يخصه ان الشيء بوقت وجوده والاوّل نقضه بالوكالة وهو مندفع بأن العامل برأيه هو الذي لا يغلبه على رأيه ما يقيمه في فعل ولا ترك والوكيل وان كان بوكالة عامة مطلقة معه ما يغلبه في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل اذا لم يفعل فانه اذا وكله فرضى كان واعدا

(وان قال لها طلق نفسك متى شئت) واضح ولقائل أن يقول التملك في هذه الصورة موقوف وجودا ولا فان كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك وان كان الاوّل يقتصر على المجلس لكونه لازم التملك والجواب ان الاقتصار على المجلس من أحكام التملك والحكم قد يتأخر لما منع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول قوله (واذا قال لرجل طلق امرأتى) واضح ومناطه ما ذكرناه في التملك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والاوّل سواء لان

(قوله والحكم قد يتأخر لما منع) أقول الظاهر أن يقال والحكم قد يختلف وقد سبق ان في الامر باليد معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس

وصار كقولها للوكيل بالبيع بع ان شئت فان ذكر المشيئة لا يخرج التوكيل الى التملك (ولنا انه تملك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته) لا يقال قديين انفا ان الوكيل ايضا يتصرف بمشيئته لاننا نقول المشيئة نوعان مشيئة تنفقر اليها الحركة الارادية وهي ثابتة في كل مقرك بها ومشيئة أخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاولى ثابتة في التوكيل مع جهة حظر برفعها قوله طلقها ايقاعا للفعل الموكل والثانية انما تكون في الملاك وقد فوض اليه بقوله ان شئت فكان تملكها هذا ما أمكنني تلخيصه من كلام المشايخ ولقائل أن يقول كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التملك وقد انتفى في هذه الصورة وأقول اذنا بنى الكلام على ما قد ثبت ان التملك اقرار شرعي على محل التصرف والتوكيل اقرار شرعي على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول في طلاق الضرر على ما مر ثم أقول والوكيل في الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور أن (١١٧) يكون الشخص رسولا الى نفسه

كان قوله طلق نفسك تملكها وأما قوله طلق ضررتك وقوله لا جنبي طلق امرأتى فيحتملان الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تملكيا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرر فتأمل

فلعله مختص وقوله (والطلاق يحتمل التعليق) جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق أجيب بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع قال (وان قال لها طلق نفسك ثلاثا) هذا لبيان مخالفة المرأة زوجها في ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة وأما الثانية فوجه

بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تملك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله (ولو قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة) لانها ملكك ايقاع الثلاث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة (ولو قال لها طلق نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة وقال لا تقع واحدة) لانها أنت بما ملكته وزيادة فصارت كما اذا طلقها الزوج الفأ ولاي حنيفة انها أنت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكك الثلاث

بفعل ما استعان به فيه فاذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فانها لا تعد بخلافه بترك الطلاق اذا لم يقصرها عليه فاسر شرعي فظهر ان الوكيل ليس عاملا برأى نفسه مطلقا والثاني بأمر المديون ببراءة نفسه وقد نما ما في جوابه من النظر ولو تم انتقض بالتفويض الى الاجنبي فانه قطع ليس بتطبيق زوجة غيره عاملا لنفسه والثالث أقرب والله أعلم فالمعول عليهما (قوله وان قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة) لانها ملكك ايقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شئت كالزوج نفسه (ولو قال لها طلق نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا تقع واحدة لانها أنت بما ملكته وزيادة فصارت كما اذا طلقها الزوج ألفا) وكقولها طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة في هذه المسئلة وأثبت نفسي في جواب طلق نفسك وطلعت نفسي وضري وقول العبد في جواب أعنت نفسك أعنت نفسي وفلا ناحيت يقع ثلاث في الاولى ورجعي في الثانية والثالثة وتطلق هي ويعتق هودون من قرناه (ولابي حنيفة انها أنت بغير ما فوض اليها مبتدئة) فيتوقف على اجازة الزوج وبهذا يخرج الجواب عما بعد الاولى من الصور لا ممتلاها بدأ ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر ووجهها في أنبت نفسي ان معناه طلعت نفسي باننا والباقي ظاهر وقوله بخلاف الزوج جواب عن الاول أي ان الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث وكما اذا صرح بما الثلاث في ضمنه فيثبت

قولهما فيها واضح كقولها لها طلق نفسك وطلقتها وضرتها وكما تقدم فيما اذا قال لها طلق نفسك فقالت أنبت نفسي فانه يقع عليها طلاق رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة معدما للطابقة في أصل الطلاق فيكون كقولها طلعت نفسي منك ممثلة ويلغو قولها ثلاثا (ولابي حنيفة انها أنت بغير ما فوض اليها) ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كقولها لها طلق نفسك فطلقت ضررتها فيتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهب أهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغايرة بينهما أجيب بأن ذلك في العشرة الموجودة أو المتصورة وأما الثلاث فهنا معدوم

(قوله يترتب عليها استحسان الفعل وتركه) أقول ضمير تركه راجع الى الفعل (قوله والاولى ثابتة في الوكيل الى قوله والثانية انما تكون في الملاك) أقول فيه ان الظاهر ان الثانية أيضا ثابتة لاو كليل ولهذا لا يجوز بيع المسلم خيرا لذمي وكاله عنه (قوله سقط هذا الاعتراض) أقول فيه بحث فان الاقرار في المقيد بالمشيئة على نفس التصرف أيضا فكيف يكون تملكها (قوله وان ذكرها كان تملكيا) أقول كيف يكون تملكها والاقرار على محل التصرف لازم من لوازمه ولم يوجد (قوله أجيب بأنه اعتبر التوكيل الخ) أقول فيه ان الاول

والواحد الموجود غير الثلاث (١٨) المعدومة فإن قيل سلمنا المغايرة لكن إذا قال لها أمر بك بيدك وفوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثا

وقعت واحدة وقد أثبت بغير ما فوض اليها إذا الثلاث غير الواحدة على ما ذكرنا جيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشيء فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فإذا فوى الواحدة فقد قصد نفسه أيضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما وقعت ثلاثا فقد وافقته فيما هو أصل التفويض وهو لا يكون أقل من الواحدة فتقع الواحدة (وقوله وان أمرها بطلاق علك الرجعة) ظاهر وكذا قوله ان قال لها طلق نفسك ثلاثا ان شئت لان معنى قوله ان شئت ان شئت الثلاث اذا الشرط لبدله من جزاء فاما ان يكون متقدما عليه أو بقدر مثله متأخرا وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشئة الثلاث ولم توجد بمشئة الواحدة وكذا عكسه عند أبي حنيفة لان الشرط مشئة الواحدة ومشئة الثلاث ليست مشئة للواحدة كما ان ايقاع الثلاث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلاثا ووجه قولهما ظاهر

قابل للتعليل بخلاف الثاني فكيف يعتبر به (قوله والواحد الموجود الخ) أقول من أين ثبت وجوده وهل

الكلام الا فيه ثم ان تعليل المصنف بقوله لان الثلاث اسم لعدد مركب الخ يدل على تغايرهما مطلقا كما لا يخفى والاولى أن يقال وتقع مراده المغايرة للغوية لا ما اصطلاح عليه المتكلمون قال المصنف (أما ههنا فملك الثلاث) أقول الزوج أيضا لا يملك الا لفلا بد من الفرق

أما ههنا فملك الثلاث وما أنت بما فوض اليها طلعت (وان أمرها بطلاق علك الرجعة فطلعت باثثة أو أمرها بالبائن فطلعت رجعية وقع ما أمر به الزوج) فمعنى الاول أن يقول لها الزوج طلق نفسك واحدة أم لك الرجعة فتقول طلعت نفسي واحدة باثثة فتقع رجعية لانها أنت بالاصل وزيادة وصف كاذ كرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني أن يقول لها طلق نفسك واحدة باثثة فتقول طلعت نفسي واحدة رجعية فتقع باثثة لان قولها واحدة رجعية لغومنها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصارت كمنها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج باثثة أو رجعية (وان قال لها طلق نفسك ثلاثا بان شئت فطلعت نفسها واحدة لم يقع شيء) لان معناه ان شئت الثلاث وهي بايقاع الواحدة ما شئت الثلاث فلم يوجد الشرط

القدر الذي يملكه ويلغو ما سواه وكذا هي في المسئلة الاولى وهي قوله لها طلق نفسك ثلاثا ما ملكتها بجميع أجزائها (أما ههنا فملك الثلاث) لانه انما ملكها الواحدة ولم تأت بما فوض اليها فلم تصر باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الآخر لعدم الموافقة وحقيقة الفرق انهم ملكت الواحدة وهي شيء بقيد الوحدة بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلاث فانها بقيد ضده وهذا معنى قوله الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع الوجدان والواحد لا مركب فيه فكان بينهما تضاد بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الاولى لانهم ملكت الثلاث أما ههنا فملك الثلاث لما ذكرنا وهذا التقرير لا يستعقب ارادا ووقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة يعني فلم تكن بايقاعها موافقة لما ملكها فاعترض بأن مذهب أهل السنة ان الجزء من العشرة ليس عينها ولا غيرها وأجيب بان ذلك في الامور الموجودة بخلاف فهو الطلاق وأنت تعلم ان هذا مجرد اصطلاح للتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان ما ليس عينها فهو غير ولو فرض عدم وضع الاصطلاح أصلا بل عدم وضع لفظة غير لغة لم يتوقف اثبات المطلوب عليه اذ يكفي فيه أن يقال فوض اليها الثلاث والواحدة ليست اياها فلا تكون مفوضة اليها فايراد منه الزام مجرد الاصطلاح وغاية ما يلزم بعد التزامه ان المصنف عبر عما ليس اياه بلفظ غير مجازا (قوله ولو أمرها بطلاق علك رجعتها فطلعت باثثة أو أمرها بالبائن فطلعت رجعية وقع ما أمر به ومعنى الاول أن يقول طلق نفسك واحدة أم لك الرجعة فيها فتقول طلعت نفسي واحدة باثثة تقع رجعية لانها أنت بالاصل وزيادة وصف كاذ كرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني أن يقول طلق نفسك واحدة باثثة فتقول طلعت نفسي واحدة رجعية تقع باثثة لان قولها رجعية لغو لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها في الصورتين فحاجتها بعد ذلك الى أصل الايقاع) لاني ذكر وصفه فذكرها اياه موافقا أو مخالفا لا عبرة به لان الوقوع بايقاعها ليس البناء على التفويض فذكرها كسكوتهما عنه وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض وحاصل هذا كله ان المخالفة ان كانت في الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به بخلاف ما اذا كانت في الاصل حيث يبطل كما اذا فوض واحدة فطلعت ثلاثا على قول أبي حنيفة أو فوض ثلاثا فطلعت ألفا وتقدم تخريج أبنت على مخالفة الوصف في قوله طلق نفسك (قوله ولو قال لها طلق نفسك ثلاثا الخ) تقدم انه اذا قال طلق نفسك ثلاثا فملك أن تطلق نفسها واحدة وتبين وثلاثا فلو انه زاد قوله ان شئت فطلعت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلاث فكان تفويض الثلاث معلقا بشرط هو مشيئتها اياها ولم يوجد الشرط لانها لم تشأ الا واحدة وتقدم انها لو قال لها طلق نفسك واحدة فطلعت ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة

(ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر) وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين أحدهما انه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني انه اذا قال شئت طلاقك أي بلفظ صريح الطلاق ينبغي أن لا يحتاج الى النية وأجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشيئة فيكون شأنا بحيث لا يبطئها الا يقال كلامها مبني على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها الغالب الاشتغال بما لا يعنها فبلغوا ما يتنى عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكا وقد يقصد وجوده (١١٩) وقوعا فلا بد من النية لتعيين

جهة الوجود وقوعا (وقوله اذا المشيئة تنبى عن الوجود) قيل لان المشيئة في الاصل مأخوذة من الشيء وهو اسم للوجود فكان قوله شئت منزلة أو وجدت وإيجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب قال عليه الصلاة والسلام الحجي رائد الموت أي طالبه فان قيل ذهب علماؤنا في أصول الدين الى أن الارادة والمشيئة واحدة فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كائن لا محالة وكذا ما يريد بخلاف العباد

(ولو قال لها طلق نفسك واحدة ان شئت فطلعت ثلاثا فكذلك عند أبي حنيفة) لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة الواحدة كايقاعها (وقال لا تقع واحدة) لان مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما أن ايقاعها ايقاع الواحدة فوجد الشرط (ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال الزوج شئت ينوي الطلاق بطل الامر) لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسله وهي أنت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق لصير الزوج شأنا بطلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذا المشيئة تنبى عن الوجود بخلاف قوله أردت طلاقك لانه لا ينبغي عن الوجود وتقع واحدة عندهما فلوراد قوله ان شئت فالتخالف على ما هو عليه فأبو حنيفة يقول مشيئة الثلاث ليست بمشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط وهما يقولان مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك (قوله ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسله) منها (وهي قد أنت بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى لانه ليس في كلام الرجل ذكر الطلاق ولا في كلامها) لانهم تعلق شئت طلاقا في ان شئت ليكون الزوج بقوله شئت شأنا بطلاقها لفظا بل بمجرد النية والنية لا تعمل في غير المذكور الصالح للايقاع ولا في المذكور الذي ليس بصالح للايقاع به نحو اسقنى (حتى لو كان قال شئت طلاقك ينويه وقع لان المشيئة تنبى عن الوجود) لانهم من الشيء وهو الموجود (بخلاف ما لو قال أردت طلاقك لانه لا ينبغي عن الوجود) بل هي طلب لنفس الوجود عن ميسل وغاية الامر ان المشيئة والارادة في صفة العباد مختلفان وفي صفة الله تعالى مترادفان كما هو اللغة فهم ما مطلقا فلا يدخلهما وجود أي لا يكون الوجود جزء مفهوما أحدهما غير ان ما شاء الله كان وكذا ما أَرَادَه لان تخلف المراد انما يكون لعجز المريد لان الذات الارادة لانها ليست المؤثرة للوجود لان ذلك خاصية القدرة بل بمعنى انها المخصصة للقدر والمعلوم وجوده بالوقت والكيفية ثم القدرة تؤثر على وفق الارادة غير انه لا يتخلف شيء عن مراده تعالى لما قلنا في المشيئة بخلاف العباد وعن هذا لو قال أراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال شاء الله بخلاف أحب الله طلاقك أو رضيه لا يقع لانهما لا يستزمان منه تعالى الوجود ولو قيل التخصيص بالوقت الارادة يكون عن طلبه ويستلزم عدم الفرق بين صفة الارادة والكلام نعم فرق بين الطرفين انه في الكلام طلب تكليفي وهذا بخلافه ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفادائما كما في الطلب المعبر عنه بكن ولو أجيب بأن ذلك الطلب خارج عنهم لزم كونها من صفات الافعال وإذ قد ظهر الفرق بين الارادتين لا يكون فرق أبي حنيفة بين

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما انه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ) أقول اذا كان الطلاق مذكورا صريحا في كلام

المرأة (قوله لان كلامها الغالب الاشتغال بما لا يعنها فبلغوا ما يتنى عليه) أقول كونه لغوا لهذا السبب لا يوجب أن لا يكون الطلاق مقترنا في كلامها وان بلغوا ما يتنى عليه ولو صرح ما ذكره من التفريع لزم أن يبلغوا قوله شئت اذا أنت المرأة في كلامها بصريح لفظ الطلاق (قوله وعن الثاني الى قوله فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا) أقول بخالف لما في حيز قيل بعد سطر (قوله بخلاف الارادة) فانها في اللغة عبارة عن الطلب) أقول فان قيل اذا كان الارادة بمعنى الطلب يلزم أن لا تستلزم الوجود مطلقا كما في أوامر الله تعالى فلما الطلب الذي هو مدلول الامر طلب تكليفي والارادة طلب تكويني وبينهما فرق وقد يكون مدلول بعض الاوامر طلبا تكوينيا أيضا كما في قول الله تعالى كن

(وكذا اذا قالت شئت ان شاء أبي أو شئت ان كان كذا لا امر لم يحجب بعد) لماذا ذكرنا ان المأق به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق ويطل الامر (وان قالت قد شئت ان كان كذا لا امر قدمضى طلقت) لان التعليق بشرط كائن تحجيز (ولو قال لها أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت الامر لم يكن رد او لا يقتصر على المجلس) أما كلمة متى ومتى ما فلا نهى الوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في أى وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالاجماع ولوردت الامر لم يكن رد لان ملكها الطلاق في الوقت الذى شاءت فلم يكن تعليقاً قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تاتم الازمان دون الافعال فتلك التطلق في كل زمان ولا غلظ تطلقاً بعد تطلق

المشيئة والارادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى بنى الشأن في كون المشيئة تنبئ عن الوجود في حق العباد للاشتقاق من الشئ وهو الموجود فيه نظر فان الشئ وان وقع على غير الاعيان الا ان كونه في منه هو هو الوجود اصطلاح طارئ على اللغة فانه لغة يقال للعدم والموجود وكون الارادة نسبت الى ما لا يعقل بخلاف المشيئة كما ذكره شمس الأئمة لانه لا يلزم ان يكون مجازاً عقلياً أو مجازاً لغوياً في لفظ الارادة على انه سمع نسبة المشيئة أيضاً الى ذلك أنشد ابن السكيت في اصلاح المنطق

يا امر حياه بجمار عفرأ * انا أنى قربته لما يشا

* من الشعر والحشيش والمأ *

وهو من شواهد قصر المدد وتوجيهه أن يعتبر العرف فيه يعنى بكون العرف العلم انه الشئ الموجود والمشيئة منه بان راد به بعض ما يصدق عليه وهو الشئ الكائن مصدراً لشاء فانه يقال شاء شيئاً على ارادة الحاصل بالمصدر ثم يشتق منه ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجه احتاج الى التيسير فلزم الوجود فيها فاذا قال شئت كذا في الخطاب العرفي فعناه وأبعدته عن اختيار بخلاف أردت كذا مجرداً يفيد عرفاً عدم الوجود وأحييت طلاقاً ورضيته مثل أردته ولو قال شائى طلاقك ناو بالطلاق فقالت شئت وقع ولو قال أريد به أو أهويه أو أحبيه أو أراضيه بنوى الطلاق فقالت أردته أحبته هو بته رضيته لا يقع بخلاف ما لو قال ان أردت أو أحيت الى آخرها فقالت أردت أو أحيت الى آخرها فانه يقع وان لم ينو لانه تعليق لا يفتقر الى النية وهو كقوله ان كنت تحبيني يتعلق باخبارها فاذا قالت أحبيت وقع (قوله وان قالت قد شئت ان كان كذا لا امر قدمضى) كشئت ان كان فلان قد جاء وقد جاء أو لا امر كائن كشئت ان كان أبى في الدار وهو فيها طلقت لان التعليق بأمر كائن تحجيز قيل يلزم عليه انه لو قال هو كافر ان كنت فعلت كذا وهو يعلم انه قد فعله أن يكفر وهو منتفأ أحجب بأن من المشايخ من قال بكفره فاللزم حق وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن أبي يوسف يفرق بان هذه الالفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا جعل تعليق كفره بأمر في المستقبل فكذا اذا جعله بماض تحامياً عن تكفير المسلم والاوجه أن الكفر يتبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل فان قيل لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر هنا بلفظ هو كافر وان لم يتبدل اعتقاده قلنا النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود الشرط متكماً بقوله هو كافر حقيقة (قوله ولو قال أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت) بأن قالت لا شاء لا يكون رداً ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس أما كلمة متى فانه للمعوم الاوقات كانه قال في أى وقت شئت وانما لم يرتد بها لانه لم يملكها في الحال شيئاً بل أضافه الى وقت مشيئتها فلا يكون تعليقاً قبله فلا يرتد بالرد وقد يقال ليس هذا تعليقاً في حال أصلاً لانه صرح بطلاقها معلقاً بشرط مشيئتها فاذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه وانما يصح ما ذكر في لفظ طلق نفسك اذا شئت لانها تنصرف بحكم

وقوله (وكذا اذا قالت شئت ان شاء أبي) ظاهر وقوله (لان التعليق بأمر كائن تحجيز) قيل لو كان كذلك لتكفر من قال هو يهودى ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك وأجيب بان بطلان الثاني ممنوع وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا اذا حصل بفعل في الماضي تحامياً عن تكفير المسلم وقوله (ولو قال لها أنت طالق اذا شئت الخ) واضح

وأما كلمة إذا وإذا ما فهم ما متى سواء عندهما وعند أبي حنيفة رجة الله تعالى عليه وإن كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقدر من قبل (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثاً) لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم (حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء) لأنه ملك مستحدث (وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة) لأنها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة وجما

وقوله (فلا يخرج بالشك) يعني لو نظرنا إلى كونه للشرط يخرج الأمر من يدها بالقيام كما في قوله إن شئت ولو نظرنا إلى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك وقوله (وقدر من قبل) يعني في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان وقوله (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت) ظاهر وقوله (فلا تملك الإيقاع جملة وجما) قبل معناهما واحد وقيل الجملة هو أن تقول طلقت نفسي ثلاثاً أو أجمع أن تقول طلقت واحدة واحدة وواحدة وهذا هو الظاهر

الملك بخلاف ما لو قالت طلقت نفسي في هذه المسئلة فإنه وإن وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت أيجب للشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير ان المشيئة تقارن الإيجاب ثم لا تملك طلاق نفسها المرأة واحدة لأنها تم الزمان لا الأفعال بخلاف كلما (قوله) وأما كلمة إذا وإذا ما فهم متى عندهما) فما كان حكماً متى يكون حكماً إذا (وعند أبي حنيفة رجة الله وإن كانت إذا تستعمل للشرط) المجرد عن معنى الزمان كما تقدم (لكنها تستعمل للوقت) أيضاً مجرد عن معنى الشرط ومقر وفاته وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ففي قوله أنت طالق إذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق اليبقين وهو أن يراد بها الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق إلا بالموت وفي أنت طالق إذا شئت صار الأمر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس اليبقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها نعم لو صرح فقال أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس كما إذا قال أنت طالق إن شئت فإنه يتقيد بالمجلس ويخلف لنفي التهمة على نحو ما تقدم أنه أياه أراد وقوله وقدر من يعني في فصل إضافة الطلاق هذا والوجه في تقريره غير هذا وهو أن قوله إذا شئت يحتمل أنه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها وأنه أضافه إلى زمانه وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت شئت ذلك الطلاق أو قالت طلقت نفسي وقع معلقاً كان أو مضافاً لا ما قال المصنف من أن الأمر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لأن معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج بالشك في الإراد إذا أنه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى وقد صرح أنفاً متى بعدم ثبوت التملك قبل المشيئة لأنه انما ملكها في الوقت الذي شئت فيه فلم يكن تملكها قبله حتى يرتد بالرد وعلى ما ذكرنا الذي دخل في ملكها تحقيق الشرط أو المضاف إليه الزمان وهو مشيئتها الطلاق ليقع طلاقه وعلى هذا فقولهم في قوله أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تطلق مباشرة الشرط تجوزاً بالتطبيق عنه بأن تقول شئت طلاقاً أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط وانما يصح كلامهم في قوله طالق نفسك كلما شئت (قوله إلا أن التعليق الخ) جواب عن مقدره وإن موجب كلما تكرار الأفعال أبداً ومقتضاه أنها إذا طلقت نفسها ثلاثاً لو عادت إليه بعد زوج آخر أن تملك طلاقها أيضاً وليس لها ذلك أحاب بأنهم وإن كانت كذلك لكن التفويض انما ينصرف إلى الملك القائم لا إلى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعبوم فلما انصرف إليه انصرف إلى عدم الملك فإذا فرض أن المملوك قد مرعين لزم أن باستغراقه تكراراً ينتهي به التفويض وذلك القدر هو الثلاث فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها تفرجت بآخر عادت إلى الأول ملكك ثلاثاً تطليقات أيضاً خلافاً لما جحد فان عنده انما تملك تنتين لما عرف في مسئلة الهدم (قوله) وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً بالاتفاق لأنها العموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملاً وعلى هذا لا تطلق نفسها تنتين فلو طلقت ثلاثاً أو تنتين وقع عندهما واحدة وعنده لا يقع شيء بناء على ما تقدم من أن إيقاع الثلاث إيقاع الواحدة عندهما خلافاً له

(ولو قال أنت طالق حيث شئت) ظاهره أن قبل اذ الغاذ كرم المكان بقي قوله أنت طالق شئت فينبغي أن يقع الطلاق في الحال كمالو قال أنت طالق دخلت الدار فانه يقع الساعة أجيب بأن حيث وأين تفيدان ضرباً من التأخير وحرف الشرط أيضاً يفيد ضرباً من التأخير فيستركان في تحقيق معنى التأخير فيجعلان مجازاً عن حرف الشرط فان قيل اذا جعل مجازاً عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعل مجازاً عن حرف ان وأما اذا جعل مجازاً عن كلمة اذا أومتى فلا يبطل بالقيام عنه فلم يجعل مجازاً عن كلمة اذا (١٢٣) أومتى أجيب بأن جعله مجازاً عن ان أولى لما نه المحض الشرط فكانت أصلاً

في الباب والاعتبار بالاصل أولى من غيره بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقاً بوقوعه في زمان دون زمان وأما اذا كان واقعاً في مكان كان واقعاً في جميع الامكنة فوجب اعتباره أي اعتبار الزمان خصوصاً كما لو قال أنت طالق غداً أو عموماً كما لو قال أنت طالق في أي وقت شئت قال (وان قال أنت طالق كيف شئت) اختلف علماؤنا فيما اذا قال أنت طالق كيف شئت هل يتعلق أصل الطلاق بمشيتها أو لا يقال أبو حنيفة لا يتعلق بل تقع طلاقاً واحدة ولا مشيتها لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطلق رجعية والمشيئة اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخرج من ان ينوي الزوج شيئاً أول ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيتها في الكم والكيف فيما قالوا جراً على موجب التخيير وان كان الأول فان اتفقت بينهما ومشيتها

(ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها) لان كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقاً به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره عموماً وخصوصاً (وان قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطلقه عليك الرجعة) ومعناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بآنية أو ثلاثاً وقال الزوج ذلك فويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته أما اذا أرادت ثلاثاً والزوج واحد بآنية أو على القلب تقع واحدة رجعية لانه لفا تصرفها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جراً على موجب (قوله) ولو قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء ويتقيد بالمجلس ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لان كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس) أو رده عليه انه اذا الغاها المكان صار أنت طالق شئت وبه يقع الحال كقوله أنت طالق دخلت الدار أجيب بأنه يجعل الظرف مجازاً عن الشرط لان كلاهما يفيد ضرباً من التأخير وهو خير من الغائه بالكلية فأورد عليه فلم يبطل بالقيام وفي أدواته ما لا يبطل به كتي واذا أجيب بان الحل على ان أولى لانهم أم الباب وصرف الشرط وفيه يبطل بالقيام واعتراض في بعض شروح المنار بأنه لما جعل مجازاً عن الشرط فالشرط الذي فيه معنى الحقيقة أولى انتهى فان أراد بالمعنى الحقيقي الزمان كتي حتى لا يخرج من بعدها بعد المجلس فليس معنى حيث وأين بل معناه المكان وان أراد معنى الظرفية مطلقاً فليس معناها أصلاً بل اسم الظرف اصطلاح مبنى على تشبيه الزمان والمكان بالاولوية للامتنعة وهي الظروف لغة (قوله) فوجب اعتباره عموماً) كما في أنت طالق في أي وقت شئت (وخصوصاً) في أنت طالق غداً (قوله) ولو قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت ان كانت غير مدخول بها طلاقاً بآنية وخروج الامر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة وان كانت مدخولاً بها طلاقاً رجعية بمجرد قوله ذلك شامت أولاً ثم ان قالت شئت بآنية أو ثلاثاً وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للمطابقة وان اختلفا بان شامت بآنية والزوج ثلاثاً وعلى القلب فهي رجعية لانه لغت مشيتها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج بالصبر ويؤتاه لافعل في جعله بآنية أو ثلاثاً ولو لم تحضر الزوج نية لم يذكر في الاصل ويجب أن تعتبر مشيتها حتى لو شامت ثلاثاً أو بآنية ولم ينو الزوج يقع ما وقعت بالاتفاق على اختلاف الاصليين أما على أصله فلانه أقامها مقام نفسه في انبات الوصف لان كيف الحال والزوج لو وقع رجعيًا جعله بآنية أو ثلاثاً ما عند أي حنيفة فكذا المرأة عند هذا التفويض تلك جعل ما وقع كذلك وأما عندهما فكذلك إيقاع البائن والثلاث لانه تفويض أصل الطلاق اليها على أي وصف شامت كذا في الكافي وهذا الذي ذكرنا من

وقوع

فذلك وان اختلفا بان شامت بآنية والزوج ثلاثاً أو بالعكس وقعت واحدة رجعية وقال لا يقع شيء

لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فان شامت أو وقعت ما شامت من الرجعي والبائن والثلاث لانه فوض التطبيق اليها على أي صفة شامت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقاً فلا بد من تعاقب الاصل بمشيتها تثبت لها المشيئة في جميع الاحوال كما لو قال أنت طالق ان شئت أو حيث شئت أو أين شئت ولا يبي حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف أصبحت أي على أي وصف

قال المصنف (لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته) أقول أطلق المشيئة في جانبها اذ بها ثبت وجود الطلاق والارادة في جانبها حيث لا يقع به الطلاق وكذا الكلام في قوله اما اذا أرادت ثلاثاً فليست أملاً فانه لم يتب السراح لهذه الدقيقة فقالوا وان اختلفا بان شامت بآنية

من الصفة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله والالكان كيف طلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وهما سؤال مشهور وهوان المعقول ان لا يحتاج الى نية الزوج لانهما فوض الامر اليها وجب أن تستقل بآيات ما فوض اليها اعتبارا بعمامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الحكم والكيف يعني العدد والبنوة فيحتاج الى النية لتعيين أحدهما وقد روي عن الطحاوي ان للراة أن تجعل الطلاق باثنا أو ثلاثا في قول أبي حنيفة قال صاحب النهاية ناقل عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا

(١٣٣)

الاشكال فما قرع سمي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي ولقائل أن يقول لا مناسبة لهذا التفويض لعمامة التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهوان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر فوضه ان المتأخر الى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة انما حصل بكامة كيف لان قوله أنت طالق ليس فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالاصل أصلا فيكون منجز أصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع وتوقيض وصف الشيء مبهما قبل وجود الأصل يمنع الا ان في غير المدخول بها الأثر لشيئة الوصف بعد وقوع الأصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيئتها وفي المدخول المحل باق بعد وجود الأصل فلها المشيئة بعد وقوعه وقوله (وعلى هذا

التخير) قال رضي الله تعالى عنه وقال في الأصل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله (وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة قضاء رجعية أو بائنة أو ثلاثا) وعلى هذا الخلاف العناق لهما انه فوض التطلق اليها على أي صفة شاءت فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة في جميع الاحوال أعني قبل الدخول وبعده ولا في حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيفاف يقال كيف أصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله ووجود الطلاق بوقوعه

وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول أبي حنيفة أما عندهما فإلزام يقع شيء (وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت) يقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة والحاصل ان أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده بل صفة وعندهما يتعلقان معا بمشيئتها وما قبل ان العتق لا كيفية له يتعلق فيقع البتة بوجه عدم الخلاف أو ترجيح العتق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الخلاف وعدم كيفية زائدة على أصل العتق ممنوع بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه معلقا ومنجزا على مال وبدونه على وجه التدبير وغيره مطلقا عما يأتي من الزمان ومقيد به (قوله فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها) لانه لم يتعلق أصله بمشيئتها حتى وقع دونها وقع موصوفا البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف لا بمشيئتها وقد كان كل وصف بمشيئتها هذا خلف وأبو حنيفة يقول حقيقة قوله أنت طالق تنجز لأصل الطلاق جاء لا صفة على مشيئتها ومن ضرورة اثبات أصله اثبات وصف الرجعية فكان في نفس كلامه هذا تخصيصا بعض الاوصاف من عمومها بقى أي الامر من أولى تخصيص العام للمحافظة على حقيقة اللفظ التي هي تنجز أصل الطلاق أو اعتبار أصله معلقا للمحافظة على حقيقة العموم والنظر في ترجيح الاول لان تخصيص العام أغلب من اعتبار المنجز معلقا لانه لا يكاد يثبت وأما ما رجح به في الكافي من أن بتقدير قولهما يبطل الاستيفاف والكلام يحتمل على التخصيص دون التعطيل فانما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيفاف ولا يخفى أن معنى الاستيفاف هنا غير مراد أصلا بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئت كقوله تعالى أفلا ينظرون الى الأبل كيف خلقت أي ينظرون الى كيفية خلقها فان قلت فلم يعتبر كيف شرطاً وهو أحد اسمائها فيخرج قولهما لان تعليق أصل الطلاق حينئذ حقيقة اللفظ فالجواب لا يجوز لان شرط شرطيتها اتفاقا فعلى الشرط والجزء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع أصنع وما قبل في توجيه قولهما ان غير المحسوس حاله وأصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض فليس أحدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفية سواء في الأصلية والفرعية فاذا تعلق أحدهما بمشيئتها تعلق الآخر فإلزام كرمبني آخر غير ما تقدم من ضرورة تعلق الأصل على ما ذكرنا وهو ضعيف اذ المبني ليس الا للتلزم فما ثبت لاحدهما ثبت للآخر ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك

الخلاف العناق) يعني اذا قال لعبد أنت حر كيف شئت عتق عند أبي حنيفة ولا حال للعتق بفوض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في الكتاب (قال في الأصل هذا قول أبي حنيفة) لان ما أورده في الأصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول أبي حنيفة لا غير فذكره ليتبين ان ما ذكره في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما ما يدل على ما ذكر في الأصل

(قوله وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق الخ) أقول فيه بحث (قوله وهي مشتركة بين الحكم والكيف) أقول فيه بحث (قوله وهوان المفوض ههنا متنوع الخ) أقول فيه ان التفويض هنا على سبيل التعميم لكل صفة فتكون المفوض متنوعا لا يفيد

(وان قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شئت) ذكر في أصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة أو اثنين أو ثلاثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا لا يسهل أن يطلقها ثلاثا أوجب بانه يجوز أن يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلاثا مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة يعني انه اتقدر على ذلك كقوله تعالى فن شاء فليقر على انه روى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص اضطرابها فان التفریق من شاء فليقر على انه روى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص اضطرابها فان التفریق يخرج الامر من يدها وقوله (١٣٤) لانهم ما يعني كم وما يستعملان للعدد فقد فوض اليها أي عدد شئت) فان قيل هذا

في كم مسلم وأما في ما فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى مادمت حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد بالشك أوجب بان جانب العدد مرجح بأصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التملك لانه تفويض الى المرأة أمر نفسها والتملكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت معمولية بمعنى العدد لا معنى للوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تعليق فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به أولى (فان قامت عن المجلس بطل الامر) لما ذكرنا انه تعليق والتملك يقتصر على المجلس (وان ردت الامر كان ردا لان هذا أمر واحد) اذ ليس فيه ما يدل على التكرار قبل هو احتراز عن كلا ما هو

(وان قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شئت) لانها ما يستعملان للعدد فقد فوض اليها أي عدد شئت (فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا) لان هذا أمر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال (وان قال لها طلق نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنين ولا تطلق ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا تطلق ثلاثا ان شاءت) لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيجعل على تمييز الجنس فالتقرير ما قررناه (قوله ولو قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شئت) واحدة أو اثنين أو ثلاثا وينتقل أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق بخلاف مسألة كيف شئت على قوله وهذا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس الا العدد اذ اذا كرر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شيء مالم تشأ والقياس أن لا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا كما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن أبي حنيفة انه يباح لها في التخيير ووجهه ما ذكره في الفوائد الظهيرية في المسئلة الا تسمية قال لو طلقت نفسها ثلاثا على قولهما أو اثنين على قول أبي حنيفة لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانهم اختلفوا في خروج الامر من يدها بخلاف ما اوقع الزوج ذلك وعلى هذا اذا في أصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله ان شاءت طلقت نفسها واحدة أو اثنين أو ثلاثا ما لم تقم من مجلسها لا يحتاج الى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما تكرر من اطلاق العدد وارادته وما شئت تعميم العدد فتقريره تقريره وأوردنا كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو ما دام فوق وقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت أوجب بانهم معارض بالمثل بان يقال لو أعلنها بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس ولو أعلنها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس فلا يثبت فيه بالشك فتعارضنا وترجح اعتبارها بالعدد بان التفويض تملك مقتصر على المجلس مالم يكن موقتا وانما يكون لو كانت معتبرة بمعنى العدد ولانه المتبادر من ذلك بخلاف الزمان فانه انما يتبادر حاله وصلها بدام ثم (ان ردت الامر) بان قالت لا أطلق (كان ردا) لان هذا أمر واحد بخلافه بكلمة وقوله (خطاب في الحال) احتراز عن اذا ومتى يعني هذا تعليق منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال (قوله وان قال لها طلق نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنين) بالاتفاق واختلفوا في الثلاث فلا تطلق عند أبي حنيفة ثلاثا وبه قال الشافعي وأحمد وتطلق عندهما ان شاءت (لان كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من قد تستعمل للتمييز) أي البيان كافي بقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وغيره صلة ليغفر لكم من ذنوبكم وتبعضوا نحواً كلف من الرغيف (فيجعل على تمييز الجنس) محافضة على عموم ما أي بيان الجنس

بخلاف

امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابعا للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي أن يكون في

الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مراد اقبل وهو احتراز عن اذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار (وان قال لها طلق نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنين دون الثلاث عند أبي حنيفة وقال لا لها أن تطلق ثلاثا لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز) يعني البيان كافي بقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد تكون للتبعض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم

قال المصنف (وهو خطاب في الحال) أقول احتراز عن اذا ومتى يعني ان هذا تعليق منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل

كما إذا قال كل من طعاعى ماشئت أو طلق من نسائي من شئت ولا يى حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فعمل بهما وفيما استشهد به تركه التبعض بدلالة اظهار السماحة أو لعموم الصفة وهي المشبهة حتى لو قال من شئت كان على هذا الخلاف والله تعالى أعلم بالصواب

بخلاف ما ألحقت على التبعض يعني فيكون بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الأعداد منه وإن كان لا يتصور في الطلاق عدد الا الثلاث فذلك شرعا أما في الامكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وإن كان حكمه في الشرع المنع فالعنى طلق نفسك العدد الذي هو الثلاث دون سائر الأعداد وعلى قوله ما يكون التفويض في الثلاث خاصة فصحة تطبيقها واحدة باعتبار مذكورها مادخلت فيه كما تقدم في طلق نفسك ثلاثا (كلو قال كل من طعاعى ماشئت) له كل الكل (وطلق من نسائي من شئت) فشئت كلهن له أن يطلقهن بخلاف ما إذا حملناها على التبعض فإنه حينئذ يبطل عموم ما (ولا يى حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض) إذا دخل على ذى ابعاض والطلاق منه (وما للتعميم فعمل بهما) بمن في معناها في مثله وبما في عموم مخصوص ضرورة أعمال من في معناها في مثله بخلاف جل من على البيان فإن ضابطه صحة وضع الذى مكانها وصله بدخولها مع ضمير منفصل مثاله فاجتنبوا الرجس من الأوثان أى الرجس الذى هو الأوثان ولا يحسن هنا طلق نفسك ماشئت الذى هو الثلاث فإن ما موصول معرفة فلا بد من كون موصوفها معرفة وهو هنا العبد فأنحل الى طلق نفسك العدد الذى شئت الذى هو الثلاث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذى شاءته أو تشاءه وأنه هو الثلاث فيكون التفويض ابتداء انما هو في الثلاث وانما تلك أن تطلق نفسها واحدة لانها جاز ما ملكته بالتفويض كقوله طلق نفسك ثلاثا بالها أن تطلق واحدة وليس المعنى على هذا بخلاف التبعض حيث لا يستلزم نبوة اذ المعنى طلق نفسك عددا شئت على ان مانسكرة موصوفة بالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد في العدد من يل من ايهامه (فروع) قال أنت طالق ثلاثا لا أن تشائى واحدة فشئت واحدة طلقت واحدة وقال محمد لا يقع شئ لان معناه ان لم تشائى واحدة فأنت طالق ثلاثا فإذا شاءت واحدة لا يقع شئ ولا يى يوسف انه أثبت لها مشيئة واحدة فإذا شاءت ما تقع ولو قال طلقها ان شاء الله وشئت وأنت طالق ان شاء الله وفلان أو ما شاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة من فلان شئ لانه عطف على باطل فيبطل ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها إذا أومتى شئت لان حين للوقت ولو قال ان شئت فأنت طالق إذا شئت أومتى شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الاحوال لانه علق بمشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في أى وقت شئت فإذا شاءت في المجلس صار كأنه قال أنت طالق إذا شئت لان المعلق كالرسل عند الشرط ولو قال لا أمرأته إذا شئت ما أنما طالق ان فشئت احداهما أو شاءت طلاقا احداهما لا يقع لان الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد ولو قال لاثنين ان شئت ما فهى طالق ثلاثا فإشاء احدهما واحدة والاخرتين لم يقع شئ لان الشرط بمشيئتهما الثلاث بخلاف ما لو قال لهما طلقاها ثلاثا فطلقها احدهما واحدة والاخرتين وقع الثلاث لان كل واحد ينفرد بايقاع الثلاث فيصح ايقاعه لبعضها ولو قال ان شئت فأنت طالق ثم قال لاخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليه بمشيئة الاولى ان نوى الزوج والا فلا لانه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك أى كلاهما مملوك كان لى فأيهما نوى صدق ولو قال طالق ان شئت وأبيت أو ان شئت ولم تشائى لم تطلق أبدا لانه جعل المشيئة والا باعترطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما ولو قال ان شئت وان لم تشائى فشئت في المجلس طلقت ولو قامت بلا مشيئة تطلق أيضا كلو قال ان دخلت أو لم تدخلى أما لو أخر الطلاق فقال ان شئت وان لم تشائى فأنت طالق لا تطلق أبدا ولو قال أنت طالق ان شئت وان أبيت فإن

والمحتمل فيجمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا (كما إذا قال كل من طعاعى ماشئت أو طلق من نسائي من شئت ولا يى حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما يمكن) من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانه بالنسبة الى الواحدة عام وبالنسبة الى الثلاث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحد لانه ليس بهام أجيب بأنه يتناول دلاله وإذا كان العمل بهما يمكن لا يهمل أحدهما (وفيما استشهد به تركه التبعض) بدليل خارجي (وهو اظهار السماحة أو لعموم الصفة وهي المشبهة) فان النكرة اذا اتصفت بصفة عامة نعم كما عرف وهما كذلك (حتى لو قال من شئت كان على الخلاف) قيل ثم انها ان طلقت

شامت يقع وان أبت يقع وان سكنت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت أو أيت وفي طالق
 ان أيت أو كرهت طلاقك فقالت أيت تطلق ولو قال ان لم تشائي طلاقك فانت طالق فقالت لا أشاء
 لا تطلق لان لفظ أيت لا يجاد الفعل الذي هو الاباء وقد وجد وأما لفظ لم تشائي فللعدم لا لا يجاد وعدم
 المشيئة لا يتحقق بقولها لا أشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما يتحقق بالموت وفي أنت طالق واحدة ان
 شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبي يوسف ولو قال لها طلق نفسك وقال لها آخر
 اعتق عبدك فبذات يعتق العبد خرج الامر من يدها ولو كان الامر بالعق زوجهما قبدات بالعق
 لا يبطل خيارها في الطلاق وعنه لو قال لها أنت طالق ان شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند
 الظهر فان شامت الساعة وقعت عند الظهر وعلى قياس قول أبي حنيفة ان كانت حاضرا فلها المشيئة
 حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر في باب المشيئة من طلاق الاصل لو قال ان شئت فانت
 طالق غدا فالمشيئة اليها الحال بخلاف أنت طالق غدا ان شئت فان المشيئة اليها في الغد وهذا عند أبي
 حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف المشيئة اليها في الغد في الفصلين وقال زفر المشيئة للحال فيما ذكر في
 الامالى الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف على العكس وفي المتن رواية بشر عن أبي يوسف عن أبي
 حنيفة اذا قال أنت طالق غدا ان شئت وأنت طالق ان شئت غدا لها المشيئة غدا وقالان قدم المشيئة
 على الغد فلها المشيئة للحال وان آخرها فلها المشيئة غدا وفرع على هذا لو قال اختاري غدا ان شئت
 أو اختاري ان شئت غدا أو أمرك بيدك غدا ان شئت أو أمرك بيدك ان شئت غدا فالمشيئة في
 الغد في الحالين عند أبي حنيفة وكذا اذا قال طلق نفسك غدا ان شئت أو طلق نفسك ان شئت غدا
 أو ان شئت فطلق نفسك غدا لم يكن لها أن تطلق نفسها الا في الغد عنده وقالان قدم المشيئة فلها ان
 تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا والمذكور في الكافي وشرح الصدر الشهيد أنت
 غدا طالق ان شئت فقالت الساعة شئت كان باطلا عما لها المشيئة في الغد بخلاف قوله ان شئت
 فانت طالق غدا فان لها المشيئة في مجلسها لان في الثاني علق بالمشيئة طلاقا مضافا الى غدا ولو علق
 بالمشيئة طلاقا منجزا تعتبر المشيئة حالا حتى لو قامت بطلت مشيئتها فكذا اذا علق به اطلاقا مضافا
 وفي الاول بدأ بزيادة الطلاق الى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيئتها فترامى المشيئة في ذلك الوقت وروى
 أبو يوسف عن أبي حنيفة ان في الفصلين تراعى المشيئة في غدا وعند زفر تعتبر المشيئة فيهما حالا ولو قال
 لها أنت طالق اذا شئت ان شئت أو أنت طالق ان شئت اذا شئت فهما سواء تطلق نفسها متى شامت
 وعند أبي يوسف ان آخر قوله ان شئت فكذلك وان قدمه تعتبر المشيئة في الحال فان شامت في المجلس
 تطلق نفسها بعد ذلك اذا شامت ولو قامت من المجلس قبل ان تقول شيئا يبطل وقال شمس الائمة فيما
 قدمنا من ان ان شئت فانت طالق اذا شئت هنا مشيئتان الاولى على المجلس والاخرى مطلقة اليها معلقة
 بالوقت حتى شامت بعدها اطلقت قال وان لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها ولا فرق
 بين ان يقول ان شئت الساعة أو لم يذكر الساعة ولو قال أنت طالق وطالق وطالق ان شئت يزيد فقال
 زيد شئت واحدة لا يقع شيء لانه ما شاء الثلاث وكذا لو قال شئت اربعا ولو قال أنت طالق ان شئت
 واحدة وإن شئت اثنتين فقالت شئت وقع الثلاث ولو قال اخرجي ان شئت ينوي به الطلاق فشامت
 ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجهما طلقني وطلقني وطلقني فقال الزوج طلقت فهي ثلاث ولو قالت
 طلقني طلقني طلقني بلا واو فطلق فان نوى واحدة فهي واحدة وان نوى ثلاثا فثلاث ولو قالت
 لزوجهما تريدان اطلق نفسي فقال الزوج نعم فقالت طلقت يتطهر ان نوى الزوج التقويض وقع وان
 نوى الرديعني طلق ان استطعت لا يقع

نفسها ثلاثا لا يقع شيء عند
 أبي حنيفة لان مذهب
 ان المفروض اليها الواحدة
 اذا طلقت نفسها ثلاثا
 لا يقع فكذا التي فوض
 اليها ثلثان اذا طلقت
 نفسها ثلاثا لا يقع وقدم
 والله أعلم

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ من بيان تجيز الطلاق صرح بكتابة اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه من بكم من ذكر الطلاق والشرط والمر كب مؤخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزا سمي عينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق والعناق والظهار الى الملك جائز سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامرأة ان تزوجت ان فانت طالق أو على العموم كقوله كل امرأة تزوجها فهي طالق وهو قول عمر (١٢٧) روى ذلك عنه في الظهار وقال

الشافعي لا يصح وهو قول ابن عباس واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه خطب امرأة فأي أولياؤها أن تزوجها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح

باب الايمان في الطلاق

(قوله لما فرغ من بيان تجيز الطلاق صرح بكتابة اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه من بكم من ذكر الطلاق والشرط والمر كب مؤخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزا سمي عينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق والعناق والظهار الى الملك جائز سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامرأة ان تزوجت ان فانت طالق أو على العموم كقوله كل امرأة تزوجها فهي طالق وهو قول عمر (١٢٧) روى ذلك عنه في الظهار وقال الشافعي لا يصح وهو قول ابن عباس واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه خطب امرأة فأي أولياؤها أن تزوجها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح

باب الايمان في الطلاق

(واذا أضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق أو كل امرأة تزوجها فهي طالق) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح

باب الايمان في الطلاق

اليمين في الاصل القوة قال الشاعر
ان المقادير بالاوقات نازلة * ولا يمين على دفع المقادير
أي لا قوة ومميت إحدى اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة الى الأخرى وسمى الحلف بالله عينا لا فائدة القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك والحمل عليه بعد تردد النفس فيه ولا شك في افادة تعليق المنكر وه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعا عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الأمر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل عليه فكان عينا (قوله وإذا أضاف الخ) استعمالها في المفهوم اللغوي والافعال لا يطابق لانه تعليق لا اضافة (قوله وقال الشافعي لا يقع) ونقل عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال أحد وقال مالك أن خص بلدا أو قبيلة أو صنفا أو امرأة صح وان عم مطلقا لا يجوز إذ فيه سد باب النكاح وبه قال ربيعة والاوزاعي وابن أبي ليلى أما لو قال كل امرأة تزوجها فهي طالق كظهر أمي فانه يصير مظاهرا مع العموم لان الحرمة ترفع بالتكفير وعندنا لا فرق بين العموم وذلك الخصوص الا ان محتمه في العموم مطلق يعني لا فرق بين ان يعلق بأداة الشرط أو بعنايه وفي المعينة يشترط ان يكون بصريح الشرط فلو قال هذه المرأة التي تزوجها طالق فستزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا تؤثر فيها الصفة أعني أن تزوجها بل الصفة فيها لغو فكأنه قال هذه طالق بخلاف قوله أن تزوجت هذه فانه يصح ولا بد من التصريح بالسبب في المحيط لو قال كل امرأة أجمع معهما في فراش فهي طالق فتزوج امرأتها تطلق وكذا كل جارية أطوها حرة فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لان العتق لم يصف الى الملك ولو قال نصف المرأة التي تزوجها طالق فتزوجها امرأتها أو بغير امرء لا تطلق لان التعليق لم يصح ولو تزوج امرأتها على ان طالق لم تطلق لانه تعذر رجعه بدلا أو شرطا وكذا لو اشترى عبدا على انه حر لم يعتق ومذهبا روى عن عمر وابن مسعود وابن عمر عن الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولاعتق قبل ملك وعنده طري أخرى عن علي رضي الله عنه برفعه لا طلاق قبل النكاح انتهى وفيه جوهر وهو ضعيف وأخرج أبو داود والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولاعتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حسن وهو

لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه ما انه خطب امرأة فأي أولياؤها أن تزوجها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح) أقول فعلى هذا لا يتوجه ما ذكره المصنف في معرض الجواب من قوله الحديث محمول على التمييز إذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقا منجزا حتى يسألوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والحق ان ما في الكتاب اشارة الى ما أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولاعتق قبل الملك والجواب عن حديث عبد الله منع صحتة فليست أم

ولنا ان هذا تصرف يعين لوجود الشرط والجزء وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذا العلة ليست به في الحال عندنا كما عرف في الاصول (والملك متيقن به عنده) أي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود مقتضى وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يعين لوجود الشرط والجزء وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط في المنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال (١٢٨) بخلاف صورة النقص فانه لم يشترط فيه اذ لم يعر بت عن الملك ظاهر لان

الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف قائل به وقوله (وقبل ذلك) أي وقبل وجود الشرط أثره المنع وهو قائم بالتصرف لانه عين ومحل دمة الخالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه في الانوار والتقرير وقوله (والحديث) يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التخييز فان التخييز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحققه انهم سألوه عليه الصلاة والسلام عن كون ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز وليس بجائز وليس في الحديث ما يدل على نفيه أو اثباته (والجمل على التخييز ما تور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما) كمكحول وسالم بن عبد الله (واذا اضافته الى شرط وقع

ولنا ان هذا تصرف يعين لوجود الشرط والجزء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالتصرف والحديث محمول على نفي التخييز والجمل ما تور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما (واذا اضافته الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامر أنه ان دخلت الدار فانت طالق) وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاءه الى وقت وجود الشرط

أحسن شيء روى في هذا الباب وأخرج الدارقطني عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالقي ثلاثا قال طلق ما لا يملك وأخرج أيضا عن أبي ثعلبة الخشني قال قال عم لي عمل لي عملا حتى أزوجه ابنتي فقلت ان تزوجه فاهي طالقي ثلاثا ثم يداني ان تزوجه فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لي تزوجه فانه لا طلاق الا بعد النكاح قال فترزجه فقلت لي سعدا وسعيدا ولنا ان هذا تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالتعلق والوكالة والابراء وما ظن ما نعامن أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو وذلك لان النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة وانتظام المصالح فلا يملك جعله سببا لانقطاعها بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لانه منسب ومطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة الى المطلوب أما الطلاق فيحظور وانما شرع للعاجزة ببيان الاخلاق غلط لان الحاجة كما تحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج فان النفس قد تدعو الى تزوجهما مع علمه بفساد حالها وسوء عشرتها ويخشى لاحتها وغلبتها عليه فيؤسسهما بتعليق طلاقها بنكاحها فطامها لها عن مواقع الضرر فيجب أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليعظمها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضى وهو تكلمه بالتعليق لما يصح بلا مانع بل هو أولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحه لما سبذكر والجواب عن الاحاديث المذكورة أما ما قبل الحديثين الاخيرين فمحمول على نفي التخييز لانه هو الطلاق اما الطلاق المعلق فليس به بل له عرضية أن يصير طلاقا وذلك عند الشرط (والجمل ما تور عن السلف كالشعبي والزهري) قال عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري أنه قال في رجل قال كل امرأه أتزوجها فهي طالقي وكل امرأة أشتريها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر أو ليس قد جاء لاطلاق قبل نكاح ولا عتق الا بعد ملك قال انما ذلك أن يقول الرجل امرأه فلان طالقي وعبد فلان حر وقول المصنف (وغيرهما) تصريح بما يفهم من كاف التشبيه المشهورة بعدم الحصر خصوصا بعد قوله ما تور عن السلف يعطى أنه ما تور عن غيرهما أيضا أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والتميمي والزهري والاسود وأبي بكر بن عمرو بن حزم وأبي بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي في رجل قال ان تزوجه فلانة فهي طالقي أو يوم أتزوجها فهي طالقي أو كل امرأه أتزوجها فهي طالقي قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز عليه ذلك وقد نقل مذهبنا

أيضا عقيب الشرط مثل أن يقول لامر أنه ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاءه الى وقت الشرط لان الاصل بقاء الشيء على ما كان وهو استحباب الحال لا يقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لاثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه

قال المصنف (ولنا ان هذا تصرف يعين) أقول اضافة بيانية أي تصرف هو عين (قوله وهو منقوض الخ) أقول في توجيه النقص ما لا يخفى (قوله وتحققه انهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى قوله فقال لا طلاق قبل النكاح) أقول فيه بحث مررت الاشارة اليه

أيضاً عن سعيد بن المسيب وعطاء وجماد بن أبي سليمان وشرح رحمة الله عليهم أجمعين وأما الحديثان الآخران فلا شك في ضعفهما قال صاحب تنقيح التحقيق إنهما باطلان ففي الأول أبو خالد الواسطي وهو عمر بن خالد قال وضاع وقال أجدوا بن معين كذاب وفي الآخر علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره وقال ابن عدي يسرق الحديث بل ضعف أجدو وأبو بكر بن العربي القاضي شيخ السهيلي جميع الأحاديث وقال ليس لها أصل في الصحة ولذا ما عمل بها مالك وربيعة والأوزاعي فما قيل لم يرد ما يعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لأن الترجيح فرع صحة الدليل أولاً كيف ومع عدم تقدير الصحة لادلالة على نفي تعليقه بل على نفي تحيزه فان قيل لامعنى للملح على التحيز لانه ظاهر يعرفه كل أحد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهراً بعد اشتراك حكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تحيزاً ويعدون ذلك طلاقاً إذا وجد النكاح ففني ذلك صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الأحاديث وغيرها بقي لهم بعد ذلك أن يمنعوا كون المعلق ليس طلاقاً ليخرج عن تناول النص بل هو طلاق تأخر عمله إلى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار والجواب إن أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلى طلاقها لا يحث إجماعاً ومما يؤيد ذلك ما في موطأ مالك أن سعيد بن عمر بن سليم الزرقى سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته أن هو تزوجها فقال القاسم إن رجلاً جعل امرأته عليه كظهر أمه أن هو تزوجها فأمره عمر إن هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهر بالملك ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً والكل واحد والخلاف فيه أيضاً وكذا في الإبلاء إذا قال إن تزوجتك فوالله لا أقر بك أربعة أشهر يصح فني تزوجها بصير مولياً فان قيل هذا التعليق انشاء تصرف في محل لا ولاية عليه فيلغو كتعليق الصبي بأن قال إذا بلغت فزوجه طالق وتعلق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك قلنا لا بد أولاً من بيان المراد بقولنا هو طلاق أو ليس به إذ لا شك في أنه ألفظ الطلاق والمراد أنه ليس سبباً في الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار وحينئذ نقول لا إشكال في أن كون الشيء سبباً لثبوت حكم في محل لا يتصور بدون اتصاله بذلك المحل شرعاً أعني أن يعتبر الشرع أنه اتصل به سبباً للحكم فيه لا مجرد الاتصال في اللفظ فان سببته ليست إلا بإيجابه الحكم في محل حلوله ملزوما للحكم فيحل حيث حل ولا ريب في أن الشرط يمنع من ذلك للقطع بأنه لم يعن أنت طالق إلا أن بل إذا كان كذا فانت طالق إذ ذاك لا الآن فإذا كان ذلك يرتفع المانع وهو التعليق فيجئ بذنزل المحل سبباً بخلاف البيع بشرط الخيار لانه لم يعن البيع على منتظر بل أثبت في الحال غير أنه جعل له خياراً أن يفسخ إن لم يوافق غرضه رفقاً به وهذا لا يمنع من الوصول في الحال بل يحقق سببته في الحال لو تأملت هذا التركيب وأما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعلق كالتميز بخلاف البالغ فان افتقاره في التصرف إلى المحل إنما هو عند قصد التمييز في الحال وما نحن فيه التزام عين بقصد ما بالذات البرأعني منع نفسه من تزوجها وهذا يقوم به وحده فيتضمن هذا منع كونه تصرفاً في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه لانه لما كان الحنث أحد الخائزين وبتقديره ينقصد كلامه سبباً وهو يستدعي المحلية وهو ما معاين وقفاً على ملك النكاح لزم إحصاء كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده ثم رأينا الشرع يجمع مكتفياً بنظره وقيامه عنده فيما إذا قال لا كسوة إن دخلت الدار فأنت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتحصيه إياه مع يقين قيامه أخرى وذلك في المتنازع فيه وهو تعليقه بالملك وبهذا حصل الجواب عن الأخير أعني تعليقه في الأجنبية بغير الملك ولهذا رأينا الشرع يجمع قوله للامة إذا ولدت ولداً فهو حر حتى يعتق ما تاد مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة فظهر أن قيام المحلية للحكم ليس شرطاً لصحة التعليق ولعمري إن جل هذه المقاصد

اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الإيجاز وطلاوة الالفاظ وقوله وقع عقيب النكاح بفساد الحكم
يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن لا يقع كقوله أنت طالق مع نكاحك اذ لا يثبت الشيء منتقيا
ومرجع ضمير أثره تصرف بين وهو اضافة يائية أى تصرف هو عين وكذا هو فى قوله وهو قائم
بالتصرف أى فلا حاجة الى اشتراط المحل بل قيام ذمة الخالف فى ذلك كاف وقول مالك انه سد على نفسه
باب النكاح قلنا فاذا يلزم اذ قد يكون علم مصلحة فى ذلك دين العلم بغلبة الجور على نفسه أو دينا لعدم يساره
ولنفسه لحاج فيؤنسها على انه يتصور تزوجه عندنا بان يعقد له فضولى ويجيزه بالفعل كسوق الواجب
اليها أو الوطء واعلم ان مقتضى ما ذكر كون المضاف لا ينعقد سببا فى الحال كالعلق لكنهم جعلوه
سببا فى الحال نحو أنت طالق يوم يقدّم فلان ولا فرق الا ظهور ارادة المضيف الايقاع بخلاف المعلق
فان قصده البرف كان هذا المعنى المعقول صار فاللفظ عن قضيته ولا يعرى عن شئ مع ان نحو أنت طالق
غدا واذا جاء غدا واحد فى قصد الايقاع وهم يجعلون اذا جاء غدا تعليقا غير سبب فى الحال والاخر سببا
فى الحال وأما قولهم انه ينزل سببا عند الشرط كانه عند الشرط أو وقع تنجيزا فالمراد الايقاع حكما وله هذا
اذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالمفوض حقيقة لم يقع لعدم أهليته
فروع في المنتقى ان تزوجت فلا تافى طالق وان أمرت من زوجنها فافى طالق فأمر انسانا
أن يزوجهامنه طلق لانهم ما يمينان احدهما على الامر والاخرى على التزوج ولو قال ان تزوجت
فلا تافى وان أمرت من زوجنها فافى طالق فأمر انسانا أن يزوجهامنه فتزوجها بنفسه طلق لان اليمين
واحدة والشرط شيان وقد وجد بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الامر حيث لا تنحل اليمين وكذا لو
تزوجها من غير أن يأمر أحدا لا تطلق لانه بعض الشرط فان أمر به ذلك رجلا فقال زوجنى فلا تافى
وهى امرأته على حالها طلق اكمال الشرط ولو قال ان تزوجت فلا تافى أو أمرت انسانا أن يزوجهها
فافى طالق فأمر غيره فزوجه تلك المرأة لم تطلق لانه حث بالامر قبل تزويج المأمور فاحلت اليمين
بلا وقوع شئ فلا يحث بتزوجه بعده وعن أبي يوسف اذا قال ان تزوجت فلا تافى أو خطبتها فافى طالق
فخطبها فتزوجها لا تطلق قال فى الكتاب لانه حث بالخطبة فهو ذليل على أن اليمين منعقدة وهو رد
على من قال اليمين غير منعقدة لان الشرط أحدهما واحدهما بعينه صالح والاخر لانه نص على الحث
حتى لو تزوج قبل الامر فى المسئلة التى قبلها وقبل الخطبة فى هذه المسئلة وقع بأن قال للمرأة ابتداء بحضرة
رجلين تزوجتك بأف فقبلت طلق وفى فوائد شمس الأئمة الحلوانى لو قال ان تزوجت فلا تافى فافى
طالق ان تزوجت فلا تافى فتزوج فلا تافى فافى طلق فان طلقها ثم تزوجهام تطلق ووجهه انه اعترض الشرط
على الشرط كقوله ان تزوجتك فأنت طالق ان دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين رجل
له مطلقة فقال ان تزوجتها فحلال الله على حرام طلقها ثم تزوجت عليك فالحلال الله على حرام ثم تزوج عليها يقع على كل
منهما تطليقة باليمين الاولى وتقع أخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها الى أيتهما شاء هذا فى
النوازل قال فى المحيط وفيه نظر وينبغى أن لا تطلق فى اليمين الثانية لان اليمين الثانية تعليق ايجاب
الطلاق بالتزويج وانه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغى أن يقع باليمين الاولى طلاق
احدهما يصرف الى أيتهما شاء ولان اليمين الاولى لما انصرف الى الطلاق صار كانه قال زن وبرا
طلاق ومن قال ذلك وله امرأتان يقع على أحدهما انتهى وفى نظره نظر أما قوله وينبغى أن لا تطلق
فى اليمين الثانية الخ فبناء على ان التنجيز بالطلاق على واجب ليس بصحيح وأنت قد عدلت ما فى ذلك من
الاختلاف وان المختار وقوع الطلاق والمذكور فى النوازل بناء عليه وأما قوله وينبغى أن يقع
باليمين الاولى طلاق احدهما الخ فليس بصحيح لان حلال الله عام استغراقى لا بدلى فيشمل الزوجتين معا

(قوله فيصح عينا) يعني عندنا على ما مر (أو ايقاعا) يعني عند الشافعي فان عنده كونه طلاقا معلقا لا التعلق فكان ايقاعا في الحال ولكن لم يثبت فيه حكمه (ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الخالف مالكا) للحلوف عليه (أو يضيفه الى ملك) لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا) أي غالب الوجود (والظهور بأحد هذين) الامرين أما ان الجزاء لا بد (١٣١) أن يكون ظاهرا (فليكون خفيفا

بوقوعه فيحقق معنى اليمين وهو القوة) فان الحامل على الحمل أو المنع الذين عقد اليمين لاجلها هو قوة خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط وأما ان ظهوره بأحد هذين الامرين فسلانه اذا انعدم ما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين أعني الحمل أو المنع (والاضافة الى سبب الملك) كقوله ان اشتريتك فانت حر (عنزلة الاضافة الى الملك) كقوله ان ملكتك فانت حر (لانه) أي الجزاء (ظاهر عند سببه) يعني سبب الملك (قوله فان قال لاجنية) تفريع على ما مر من الاصل وهو ظاهر واعترض بأنه لا يجوز ان يرد تزوجتك حتى يؤل معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانة عن الالغاء وأجيب بأن فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي الى مدمته كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة ولئن كان فقد يقع فيما يكون محمودا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب الشرع عناية بوقوع الحسرة والصواب ان يقال المقدار ما ان يكون محذوفا أو مقتضى وليس محذوف لان المذ كور ليس عتوق عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدار حاط رتبة من المذ كور وان لا يتغير المذ كور عند التصريح بالمقدروا الشرطان متفتيان أما الاول فظاهر لان الزوج أعلى رتبة من دخول الدار وأما الثاني فلان الشرط قبل التصريح بدخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطاصار بعضه وموضعها أصول الفقه

فيصح عينا أو ايقاعا) ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الخالف مالكا أو يضيفه الى ملك) لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا (فليكون خفيفا فيحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه (فان قال لاجنية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق) لان الخالف ليس بمالك ولا اضافة الى الملك أو سببه ولا بد من واحد منهما فقد حرهما وزنا وبرا طلاق ليس مثله لان معناه امرأته وهو انما يتناول الواحدة فقد وقع الطلاق على واحدة مبهمة فاليه تعيينها واذا قال كل امرأه أتزوجها طالق فزوجه فضولي فأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما اذا وكل به لا تنقل العبارة اليه (قوله فيصح عينا أو ايقاعا) أي فيصح التعليق المذ كور عينا عندنا لانه لا يعمل عندنا في الحال أو ايقاعا عند الشافعي لانه عنده سبب في الحال (قوله) ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الخالف مالكا أو يضيفه الى ملكه لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا الوجود) أي ظاهر اوجوده عند الفعل وقوله وهو القوة أي على الامتناع هنا (قوله والظهور بأحد هذين) لفظ الظهور هنا بالمعنى الاعوى وكذا لفظ ظاهر المذ كور أنفا وما كان ظاهر الوجود فعلق الادراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي الخاص وقد يكون على وجه القطع والحاصل ان قوله لاجنية ان دخلت الدار فانت طالق حين صدر لا يصح جعله ايقاعا لعدم الحمل ولا عينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر لا خافته لانه لم يصدر بخيف لعدم ظهور الجزاء عند الفعل لعدم ظهور وثبوت المحلية عند وجود الشرط لا يقال لم يكن الامر فيه موقوفا على العاقبة ان تزوجها ظهر كونه عينا أو لا فهو على الاحتمال الى ان يموت أحدهما لانا نقول بتحقيق عدم اليمين حال صدوره لاستفاء حقيقته فانه لم يقع مخيفا لم يقع عينا فلا تتحقق عين في الوجود الا بلفظ آخر ومعنى الاخافة هنا اخافة لزوم نصف المهر ان تزوجها لانه حينئذ يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفا من ذلك وقد أورد على هذا قوله اذا حضت فانت طالق فانه عين مع انه لا حمل فيه ولا منع باخافة وأجيب بأن العبارة للغالب لا للشاذ (قوله والاضافة الى سبب الملك) يعني التزوج (عنزلة الاضافة اليه) وقال بشر المريسي لا يصح لان الملك يثبت عقيب سببه فاذا كان الشرط هو ذلك السبب افتقر الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه أولواله لا يقع كطالق مع نكاحك أو مع موتي بخلاف ما اذا عاقه بنفس الملك فانه حينئذ يتقدم الملك والجواب ما قال محمد جل الكلام على الصحة أولى من الغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد به السبب فتقدير قوله ان تزوجتك ان ملكتك بالتزوج لكن تعليل المصنف بقوله لانه ظاهر عند سببه ينبوعن هذا الا ان يجعل بيان وجه التجوز بالسبب عن السبب وهو بعيد اذ ليس هذا موضعه بل هو في هذا الفن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنهم دفعوا الوارد على قولهم في قوله لاجنية ان دخلت الدار فانت طالق فستزوجها فدخلت لا تطلق من انه لم يعتد برتمام الكلام مضمر التصحيح والتقدير ان تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع به كما قال به ابن ابي ليلى لان اليمين مذموم في الشرع أو غير مطلوب فلا يحتمل في تصحيحه وهذا في ذلك الجواب ويكتفي في جواب ابن ابي ليلى ما قدمه المصنف لكن لا يحتمل ورود ان يقال اما ان يراد بالسبب السبب أو حقيقة والاول تصحيح

(قوله وفيه نظر لان التعليق الى قوله والصواب ان يقال) أقول فيه بحث

(قال وألفاظ الشرط) عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسماء ولم يورد أحد حرفي الشرط وضعا وهو لو قال في النهاية لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا تظا وهذه اللفاظ تعمل عمل لفظا ومعنى فانها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزمت دخول الفاء في جزائهن بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب أن يقال قد تقدم أن التعليق عين تعقد العمل أو المنع وذلك انما يكون في (١٣٣) المستقبل ولو موضوعا لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فأتى له مدخل في

والفاظ الشرط إن وإذا وإذا ما وكل وكما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه اللفاظ مماثلها أفعال فتكون علامات على الحث ثم كلمة ان حرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والجزء يتعلق بالافعال الا أنه الحق بالشرط يتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشترى به فهو حر

اليمين فيلزم مثله في المنقول عن ابن أبي ليلى وعلى الثاني برما قال بشر المريسي والاولى أن يدفع ما قال ابن أبي ليلى بأنه لا طريق الى تحقيق تلك الارادة لانفاء الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا لا يحسن المذكور في الكتاب أيضا بل الاولى أن يقال الاضافة الى سبب الملك مراد بها الاضافة الى الملك كما أجاب به محمد رحمه الله في فروع لو قال ان تزوجت فانت طالق قبله ثم نكحها بوقعه أو يوسف لانه علقه بالنكاح وذكر معه وقتا لا يقدر على ايقاعه فيه فلغذا كره الوقت وفي التعليق وقال لا يقع لان المعاني كالمفوض عند الشرط ولو قال وقت النكاح أنت طالق قبل أن تنكح لا تطلق كذا هذا ولو قال والديه ان تزوجتاني امرأة فهي طالق فلا نفوذ وجاء امرأه بغير أمره لا تطلق لان التعليق لم يصح لانه غير مضاف الى ملك النكاح لان تزويج الوالدين له بغير أمره غير صحيح ولو قال رجل لاجنية مدامت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق أما اذا قال لها ان تزوجتني فمادت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها تطلق (قوله وألفاظ الشرط الخ) ومن جعلها لو ومن رأى وبأن وأين وأنى وجميعها تجزم الاول واذا وقيل يجزمهم اذا زيدا بعد هاما والمشهور انه انما يجزم باذا في الشعر وكذا بلو قال لوبشأ طاربه ذوميعه * (قوله لان الشرط مشتق من العلامة) يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال تعالى فقد جاء اشراطها أي علاماتها وهذا لان الاشتقاق لا يفيده من الاشتراك في المادة ولا مشاركة بين لفظ علامة وشرط (قوله فتكون علامات) أي يكون وجود الافعال علامات على الحث والحث هو وقوع الجزاء فالخامس ان معنى ألفاظ الشرط علامات وجود الجزاء أي تدل على ذلك بالذات والاقل من هذه ولفظ لو أيضا كذلك في الجملة فانه لما كان كذلك كان المقادير امتناع فعل الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاء زيد لا كرمته فيعرف ان ذلك الفعل اذا وجد استلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند المزموم وعلى هذا جميع الأدوات تفيد الوجود للوجود الا ان المالم كان ادخل حيث وضعت لافادة ان الشرط قد وجد وفرغ منه خصت بقولنا حرف وجود لوجود ولو وضعت لافادة امتناع المزموم ودلت على الوجود للوجود بالالتزام نخصت بحرف امتناع ولم يذكرها المصنف لان مقصوده يتأقسه أعني التعليق على ما على خطر الوجود لانها أفادت تحقق عدمه فلا يحصل معنى البين وعدم حصوله لم تذكرها وان كان لو قال لو دخلت الدار فانت طالق تعلق الطلاق كاذ كره التمرناشي وروى عن أبي يوسف رحمه الله لكنه ليس معناها الاصل ولا المشهور ولذا قال بعضهم لا يتعلق وفي الحاوي في فروعنا لو قال أنت طالق لو تزوجتني تطلق اذا تزوجها وقد ورد في قوله وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية الاية فذهب بعض

ذلك وقوله (لان الشرط مشتق من العلامة) قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة وأشرط الساعة علاماتها فعمل هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب أن الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو أن يجعدين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم وقوله (وهذه اللفاظ مماثلها الافعال) يعني غير كلمة كل فانه يذكر فيما يليها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق معرفتها وانما طريق ذلك السماع وهذه اللفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه ألفاظ الشرط ودليله لان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قرئناه وهذه اللفاظ مما يليها الافعال

وهذا أيضا مسلم لكن قوله فتكون علامات على الحث ليس يلزم للقدمتين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح

قال المصنف (لان الشرط مشتق من العلامة) أقول يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال الله تعالى قد جاء اشراطها أي علاماتها (قوله فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه) أقول فيه بحث فان ما ذكره المصنف بيان وجه التسمية

قال رضى الله تعالى عنه (ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين) لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه

التحويين الى تجويزه واكثر المحققين انها ليست الا للتعليق في الماضي واجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم وكذا عدم حصول معنى اليمين في التعليق بل لم يذكرها وذكر كلا وليست شرطا لتبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بأمر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذي أضيفت اليه (فروع) قال أنت طالق لولا دخولك أو لولا أبوك أو لولا مهر لم يقع وكذا في الاخبار بان قال طلقت بالامس لولا كذا واعلم ان موضع وجوب الفاء لا يتحقق التعليق الا بها الا أن يتقدم فيتعلى بدونها على خلاف في انه حينئذ هو الجواب أو يضم الجواب بعده والمتقدم دليله وأما الفقيه فنظر من جهة المعنى فلا عليه من اعتباره الجواب فاذا قال ان دخلت الدار أنت طالق وقع الحال فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه وعن أبي يوسف لا يتجزأ لئلا يكمل على الفائدة فتضمير الفاء كما في قوله * من يفعل الحسنات الله يشكرها * ودفع بما اذا أجاب بالواو فانه يتجزأ ويلغو الشرط مع انه يمكن تعليقه حتى لو نواه دين وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية قال في الدراية ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قبل بصره وتحمل الواو على الابتداء وفيه ضعف لان الواو لا تبداء لان عمل الا في أول كلام ومواضع الفاء جعلت مفاريد في بيت هو هذا

طلبية واسمية وبجاءد * وبما ولن وبقد وبالتفيس

وأحييت ذكر بعض زيادة على ذلك وايضا حله ليفهم فنظمها في ثلاثة أبيات وهي هذه

تعلم جواب الشرط حتم قرانه * بقاء اذا ما نه طلبا أني

كذا جاءد أو مقسما كان أو بقدر * ورب وسين أو بسوف ادرياتي

أو اسمية أو كان مني ما وان * ولن من يحد عما حدناه قد عني

ولو أخر الشرط وأدخل الفاء في الشرط بان قال أنت طالق فان دخلت لارواية فيه فيمكن أن يقال يتجزأ لان الفاء فاصلة ويمكن أن يقال يتعلق لان الفاء حرف تعليق وقياس المذكر في حذف الفاء في موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب أن يكون التجزؤ موجب اللفظ الا أن ينوى التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق اذا كان مدلول اللفظ فلا يثبت الا بالنية والفاء وان كان حرف تعليق لكن لا بوجبه الا في محله فلا أثره هنا ولو قال أنت طالق ان تجزؤ عند محمد لعدم ما يتعلق به وعند أبي يوسف لان ذكره بيان لارادته التعليق ولو قال أنت طالق دخلت تجزؤ لعدم التعليق والصفة المعبرة كالشرط لان ذلك في غير المعينة مثل المرأة التي أترز وجهها طالق أما في المعينة فلغو على ما قدمناه أول الباب ولو قال أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لانها لا تعليل ولا يشترط وجود العلة وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي انها بمعنى اذا استدلالا بقوله تعالى يبنون عليكم أن أسلموا وبقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الارض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرجن ولدا وقول محمد أولى اذ لا أصل لجعلها كذا وليس المراد في الآية تين ماذ كبريل التعليل هو المعنى الظاهر فيها ولو قال أنت طالق وان دخلت الدار طلقت بكل حال لان الواو في مثله عاطفة على شرط هو تقيض المذكر على ما عرف في موضعه تقديره ان لم تدخل وان دخلت وان هذه هي الوصلية ويقع في الحال بقوله أنت طالق اذ دخلت وبقوله ادخلت الدار وأنت طالق يتعلق بالدخول لان الحال شرط مثل ادألى ألفا وأنت طالق لا تطلق حتى تؤدى (قوله في هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط) واذا تم وقع

وقوله (الا في كمالها تنقضي نعيم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة النعيم التكرار) فيه نظر من وجهين أحدهما انه عد كلمة كل (١٣٤) من ألفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليقين فان من قال كل امرأة أتزوجها فهي

(الا في كمالها تنقضي نعيم الافعال) قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة النعيم التكرار قال (فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء) لان باقية الطلقات الثلاث المملوكة في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليقين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولودخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر) لان انعقادها باعتبار ما عاك على ما من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور

الحث فلا يتصور الحث مرة أخرى الا بين أخرى أو بعموم تلك اليقين وليس فليس وقال بعضهم في متى انها تفيد التكرار كقوله

متى تأنه تعشوا الى ضوء ناره * تجد خيرا نارا عندها خير موقد

والحق انها انما تفيد عموم الاوقات بمعنى أن أي وقت تأتي تجد ذلك في متى خرجت فانت طالق المفاد ان أي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق في وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر الا لو افادت التكرار وان مع لفظ أبدأ مودى لفظ متى بانفراده فاذا قال ان تزوجت فلانة أبدأ فهي طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها نائبا لا تطلق كذا أجاب أبو نصر الدبوسي ومن غرائب المسائل ما في الغاية من قال لتسوقه من دخل منكن فهي طالق فدخلت واحدة منهن مراا طلقت بكل مرة لان الفعل وهو الدخول أضيف الى جماعة فيراد به عموم عرفا مرة بعد أخرى واستشهاده بقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا أفاد العموم ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد وعما ذكر محمد في السير الكبير اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما واستشكل بان العموم في الاول لعموم الصيد المحلى باللام ثم رجع السه ضميم من قتله فله جزاؤه فم لذلك لا يكرر وعموم الثاني بدلالة الحال وهو ان مراده الشجيع وكثرة القتل قيل والاولى الاستشهاد بقوله تعالى واذا رأيت الذين يخوضون في آبائنا الآية حيث يحرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد افادت اذا التكرار لعموم الاسم الذي نسب اليه فعل الشرط والوجه ان العموم بالعادة لا بالصيغة فهم لما فهم من ترتيب الحكم وهو الجزاء في الاول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض في تكرره وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال أي امرأة أتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث تم بعموم الصفة واستشكل حيث لم يتم أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة (قوله الا في كمالها تنكر) ومن لطيف مسائلها اذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقتك فانت طالق فطلقها طائفة يقع ثنتان ولو قال كلما وقع طلاقي عليك فانت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق ان الشرط في الثانية اقضى بتكرار الجزاء بتكرار الوقوع فتكرر لان الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها وفي الاولى اقتضى تكرره بتكرار طلاقه ولا يقال طلقها اذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطبيقان احدهما بحكم الايقاع والاخرى بحكم التعليق (قوله ومن ضرورة النعيم التكرار) أورد في كل عموم ولا تكرر فانه لو قال كل امرأة أتزوجها طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق وأما الوقوع على امرأة أخرى بتزوجها باعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط وأجيب بان المراد نعيم الافعال والتكرار من ضرورته لانه كما يكون باعتبار القيام بأحد متعددة يكون بتجدد الامثال من واحد (قوله ولودخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحث بكل مرة) أبدأ لان الشرط ملك يوجد

طالق فتزوج امرأة طلقت ولو تزوج أخرى طلقت كذلك فكان الواجب أن يقول في الاستثناء الا في كل وكما والثاني انه قال ومن ضرورة النعيم التكرار والنعيم في كلمة كل موجود كما ذكرنا أنفوا لتكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت نائبا لم يقع الجزاء والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان انطر انما يحصل باعتبارها وبهذا الاعتبار قد انتهت اليقين ولهذا التزوج نائبا لم تطلق وعسدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من منشا الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني ان المسار بقوله ومن ضرورة النعيم نعيم الافعال لان الكلام فيه والنعيم في الافعال انما يكون بتجدد الافعال وهو المراد بالتكرار فاذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهي الى الثلاث فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان الجزاء لطلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها وبقاء اليقين ببقاء الشرط والجزاء فاذا

انتفى الجزاء ينتفى الكل وفيه خلاف زفر وسيجيء (ولودخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لما ذكرنا ان انعقادها باعتبار ما عاك على ما من الطلاق بالتزوج) وهو غير محصور

(قوله انما هي باعتبار ما يليها الخ) أقول أي بالذات أو بواسطة اسم (قوله قد انتهت اليقين) أقول في كلمة كل أيضا

قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لأنه لم يوجد الشرط فبقى والجزء باق لبقاء محله فبقى اليمين
(ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق) لأنه وجد الشرط والحمل قابل للجزء فينزل
الجزء ولا تبقى اليمين لما قلنا (وان وجد في غير الملك انحلت اليمين) لوجود الشرط (ولم يقع شيء)
لانعدام المحلية (وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة) لأنه متمسك
بالاصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه

في المستقبل وهو غير محصور وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فبقية جزاؤه وعن أبي يوسف
في المنتقى اذا قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأة طلق فان تزوجها ثانيا لا تطلق الامرة
واحدة ولو قال ذلك لمعينة كلما تزوجتك أو تزوجت فلانة تكرردانما واستوضحه بما اذا قال كلما
اشتريت ثوبا أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك الامرة واحدة والحاصل ان كلما عند أبي يوسف انما توجب
التكرار في المعينة لا في غير المعينة وحقيقة البحث ادعاء اتحاد الحاصل بين كل وكما اذا نسب فعلها
الى منكر فان قلت بينهما ما فرق فان كلا يقتضي عموم الاسماء وعموم الافعال ثبتت ضرورة وكما
يقتضيه في الافعال وعموم الاسماء ثبتت ضرورة فاذا وجد في لفظ كل اسم واحد انحلت في حقه
ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الاسماء وفي كلما اذا وجد فعل انحلت باعتبارها وبقيت فيما
سواه من الافعال المعانلة سواء تعلقت بما تعلق به الاول أولا قلنا قد ادعيتهم بثبوت عموم الاسماء
ضرورة ولا حاجة بنا الى النظر الى سببه اذا المقصود انه ثبتت العموم في الافعال والاسماء فصار الحاصل
كل تزوج لكل امرأة وفي مثله تنقسم الاحاد على الاحاد ظاهرا على ما قررنا في ركب القوم ودوابهم
وجعلوا أصابعهم في آذانهم فلزم بالضرورة انه اذا انحلت في فصل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحث
في امرأة واحدة وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة وبين ما قام عليه من المستلذين ويدفع بان انقسام
الاحاد على الاحاد عند التساوي وهو منتف لان دائرة عموم الافعال أوسع لان كثيرا من أفرادها ما يتحقق
بالسكرار من شخص واحد وقد فرض عمومهم بكما فلا يعبر كل اسم بفعل واحد فقط والله الموفق للصواب
واليه المرجع والمآب (قوله وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) حتى لو طلقها فأنقضت عدتها
بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلق وكذا اذا قال لعبد ان دخلت فأنقضت عدتها
ثم اشتراه فدخل عتق في الحال ولا بد من تقييد عدم البطلان بما اذا زال الملك بما دون الثلاث اما اذا
طلقها ثلاثا فزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سياتي ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت
اليمين الى آخر ما في الكتاب هذا وكما يبطل التعليق بتخيير الثلاث خلافا لركنك لا يبطل بلحاظه بدار
الحرب عند أبي حنيفة خلافا لما حثي لودخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافا لهما
وفائدة الخلاف فيما اذا جاء نائبها لمسا فزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شيء عنده وينقص
عندهما (قوله وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة) لأنه متمسك
بالاصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق وعلى هذا لو قال ان لم تدخلي اليوم فأنقضت طالق
فقلت لم ادخل وقال دخلت فالقول له وان كانت متمسكة بالاصل وهو عدم الدخول ولو قال ان لم
أجامعك في حيضتك فأنقضت طالق لم يجامعني وقال فعلت فالقول له مع انه متمسكة بظاهرين عدم
الجماع وحرمتي في الحيض الداعية الى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضر هنا في التكاح لو قال
بلغك الحبر فسكت وقالت رددت القول قوله خلافا لركنك هذا أيضا فهذا أصل كل بخلاف ما لو قال
وهي في طهر خال عن الجماع أنت طالق للسنة ثم قال جامعتك في حيضتك فأنكرت فالقول لهما ان كانت
طاهرة لأنه يريد ابطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف اليه أما الاول فلان المضاف سبب في

قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) اذا قال لها أنت
طالق ان دخلت الدار ثم
أبأنها لم يبطل اليمين لما
أن بقاء اليمين بالشرط
والجزء والفرض ان الشرط
لم يوجد فهو باق والجزء أيضا
باق لبقاء المحل وهو المرأة
فتبقى اليمين كما كانت في محله
وهي ذمة الخلف فان
قبل سلمان محل الجزاء باق
ولكن من شرط وقوعه
الملك وليس بموجود فالجواب
ان الكلام ليس في الوقوع
وانما هو في بقاءه عينا واليمين
لا يحتاج الى الملك ابتداء
بدليل جواز ان تزوجتك
فأنقضت طالق في البقاء أولى
اذا البقاء أسهل من الابتداء
ثم بعد ذلك لا يتخلوا ما ان
يوجد الشرط في الملك كما اذا
تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط
أو في غيره كما اذا وجد قبل
التزوج فان كان الاول وقع
الطلاق وانحلت اليمين أما
وقوع الطلاق فلا ان الشرط
وجد في الملك فنزل الجزاء
المتعلق به واما انحلال
اليمين فلان اللفظ لا يدل
على التكرار فهو موجود
الشرط مرة انتهت اليمين
وان كان الثاني انحلت
اليمين لوجود الشرط ولم
يقع شيء لانعدام المحلية
(وان اختلفا في وجود الشرط
فالقول قول الزوج) على
ما ذكر في الكتاب وهو واضح

(قوله ولم تطلق فلانة) ليس على ظاهره بل فيما اذا كذبها الزوج في قولها حضت وأما اذا صدقتها فانه يقع وقوله (كأقبل في حق العدة والغشيان) اما قبلها في العدة فإن تقول قد انقضت أو لم تنقض وأما في الغشيان فيحصل معنيين أحدهما أن تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت (١٣٦) بزواج آخر ودخل في الزوج الثاني والثاني أن يقبل قولها في حق حل الجماع

وحرمتها بقولها انا طاهر أو حائض وقوله (لكنها شاهدة في حق ضربها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها) وفيه بحث وهو انها لا تخلو من الحيض وعدمه والمآل يعمول طلاقهما أو شمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد الحيض في حقها دون ضربها فنذلك يستلزم كون الشيء موجودا أو معدوما في حالة واحدة وهو محال وأجيب بأن الشرع أثبت بقولها حضت في هذا الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اختلاف اقتضاؤهما وليس ذلك يمدح في الشرع فانه رتب على النكاح وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضيان أحدهما الوجود والاخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض

(فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها أمانة في حق نفسها اذا لم يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كأقبل في حق العدة والغشيان لكننا شاهدة في حق ضربها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها

الحال وأما الثاني فلان الوقت وقت طلاق السنة بالفرض (قوله فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها) عليه الاربعة رجعهم الله تعالى وعن أحد لا يقع وتختبرها النساء بادخال قطنة في فرجها في زمان قالت ذلك ودفع بأنها أمانة مأمورة بالطهار ما في رجعها بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكمن ما خلق الله في ارحامهن تحريم كتمانها أمر بالطهار وفائدة الأمر بالطهار ترتيب أحكام الطهر وهو فرع بقوله مع ادخال القطنة لا يوصل الى علم ولا ظن لجواز أخذهم من الخارج فحملت به (قوله ولم تطلق فلانة) هذا اذا كذبها أما اذا صدقتها طلقت فلانة أيضا وكذا في جميع نظائره (قوله كأقبل في حق العدة) أي انقضائها حتى لو طلقها طلاقا رجعيًا لم يرجعها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت عدتي انقطع حق الرجعة أو قالت لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمل له جازله تزوجها اذا غلب على ظنه صدقها (والغشيان) أي حل الوطء وحرمتها فلو قالت انا حائض حرم أو طاهر حل أو قالت لا طلاق فلانا تزوجت بشان وغشيتني حلت له لا يقال اما ان تكون حاضت أولا فعلى الاول يقع عليهما وعلى الثاني لا يقع على واحدة منهما لانا نقول المنظور اليه في حقها شرعا الاخبار به لانها أمانة وفي حق ضربها حقيقة وشهادتها على ذلك شهادة فسرود اخبارها به لا يسرى في حقها مع التكذيب ولا بعد في أن يقبل قول الانسان في حق نفسه لا غيره كاحد الورثة اذا أقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه الآن يصدق به الباقون والمشتري اذا أقر بالمبيع لم يستحق لا يرجع بالثمن على البائع هذا وانما يقبل قولها اذا أخبرته بالحيض وهو قائم أما بعد الانقطاع فللانه ضروري فيشترط قيام الشرط بخلاف قوله ان حضت حمضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي يلي الحيضة لا قبله ولا بعده حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا لا أن حائض بحمضة أخرى لا يقبل قولها ولا يقع لانها أخبرت عن الشرط حال عدمه ولا يقع الا اذا أخبرت في الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة حينئذ يقع وهذا لانها جعلت أمانة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة اذا كذبها الزوج ولو قال لامرأته انا حضت فانتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الآن يصدقهما فان صدق احدهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلثا نطق ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق احدها فن صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات ولو كن أربعا والمسئلة بحالها لم يطلعن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق واحدة أو ثنتين وان صدق ثلثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والاصل ان حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وان

حاض

نفسه وليس الكلام فيه لانه أمر خفي لا يطلع عليه وانما الكلام في الأمر الدال عليه وهو قولها

حضت وليس ثمة اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه

(قوله والاخر العدم) أقول عن محل وجود الحل مثلا (قوله بخلاف ما نحن فيه) أقول فانه يقتضى عدم الحيض عما وجد فيه في حق طلاق الضر وعناق العبد

(وكذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدى حرقا قالت أحبه أو قال ان كنت تحبين فأنت طالق وهذه معك فقالت أحبك طلق هي ولم يعق العبد ولا تطلق صاحبها) لما قلنا ولا يتيقن بكذبها الا ان الشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقى الحكم على الاصل وهي المحبة (وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمرج اثنان من أيام) لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا (فإذا تمت ثلاثة أيام حكنا بالطلاق من حين حاضت) لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء

وقوله (وكذلك لو قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم) ظاهر وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله أمينة في حق نفسها شاهدة في حق ضررتها وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله إياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب أن لا يقبل قولها أصلا ووجهه أنه لا يتيقن بكذبها الا ان الشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به وقوله (وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها) ظاهر وقوله

حاض بعضهن يكون ذلك بعض ما ثبت به الحكم فلا يثبت وان قلن جميعا حاضنا لا يثبت حيض كل واحدة الا في حق نفسها الا أن يصدقها فيثبت في حق الكل وان صدق البعض وكذب البعض نظر فان كانت المكذبة واحدة طلق هي وحدها تمام الشرط في حقها لان قولها مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لان المكذبة لا يقبل قولها في غيرها فلم يتم الشرط في الغير وان كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا في حق نفسها فكان الوجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا (قوله وكذلك اذا قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله الى قوله لما قلنا) يريد ان أمينة في حق نفسها شاهدة في حق ضررتها وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها فأما هنا فكذبها أمينة فكيف تحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط أجاب بمنع تيقنه فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال الى درجة يحب الموت فيها لئلا يزأر فتعلمها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب في الحال على تمنى التخلص منه بالعذاب ولو قال ان كنت تحبين بقلبك فأنت طالق فقالت أحبك كاذبة طلق قضاء وديانة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجعهما الله لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كسؤال الكتاب وقال محمد لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان صدقت لان الاصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه وتقييده بالاصل يبطل الخلفية قلنا بل عدم امكان الوقوف على ما في قلبها أو وجب النقل الى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه وفي الظهيرة ما يدل على ان المحبة بالقلب لا تعتبر وان أمكن الاطلاع عليها وهو قال لا مرأته أنت طالق ان كنت أنا أحب كذا ثم قال لست أحبه كاذبا فهي امرأته فيما بينه وبين الله تعالى واستشكل السرخسي هذا بانه ان يعلم ما في قلبها فانه يعلم ما في قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا ان القلب متقلب لا يثبت على شيء فالوقوف على حقيقة المحبة منهذر والاحكام انما تناط بالامور الظاهرة لا الخفية كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قلبه واعلم ان التعليق بالمحبة انما يفارق التعليق بالحيض في انه يقتصر على المجلس لكونه تحجيرا حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق وانما لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحيض لا يقتصر على المجلس كسائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان تكون صادقة (وخرج في الجامع الاصغر قال الفقيه أبو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيئا من السب نحو قريطان وسفلة فقال ان كنت كما قلت فأنت طالق طلق سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لان الزوج في الغالب لا يريد الا أن يؤذيها بالطلاق كما آذته وقال الاسكافي فبين قالت يا قريطان فقال لزوجها ان كنت أنا قريطان فأنت طالق تطلق وان قال أردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على ان فتوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط (قوله فكان حيضا من الابتداء) ويجب على المفتي أن يعين ذلك فيقول طلق حين رأت الدم وتظهر غمرة هذا الاستناد فيما اذا كانت غير مدخول بها فزوجت حين رأت الدم أو كان

(إذا قال إذا حضت حيضة فانت طالق) (١٣٨) والفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا العبد

(ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر - من حيضتها) لان الحيضة بالها هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكالها بانها ما اولد ذلك بالطهر (ولو قال أنت طالق اذا حضت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم) لان اليوم اذا قرن بفعل عمده براديه بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا حضت لانه لم يقدره بعبارة وقد وجد الصوم بركنه وشرطه (ومن قال لامرأته اذا اولدت غلاما فانت طالق واحدة) واذا اولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة وفي التزوة تطليقتان وانقضت العدة بوضع الحمل لانه لو ولدت الغلام أولا وقعت واحدة وتنقض عدها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية أولا وقعت تطليقتان وانقضت عدها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال انقضاء العدة فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتين فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى أن يؤخذ بالثنتين تنزهها واحتياطها والعدة منقضية بيقين لما ينبت

المعلق بالحيض عتقا فحسب العبد أو حتى عليه بعد رؤية الدم قبل أن يستمر فانه اذا استمر ثلاثة أيام بصح النكاح وبغيره في العبد جنابة الاحرار ولا تحسب هذه الحيضة من العدة لانه بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها (قوله ولو قال لها ان حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر) أي يحكم بطهرها عن هذا افتراق الحال بين ان حضت حيضة فانت طالق وان حضت حيث لا يكون الاول بدعي لانه انما يقع في الطهر بخلاف الثاني ثم انما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال أو ما يقوم مقامه من مسيرورة الصلاة في ذمتها أو ما بالعشرة فبمجرد الانقطاع (قوله لان الحيضة بالها هي الكاملة) عن هذا القول نصف حيضة كان الحكم كافي حيضة لانه اسم للكمال وهي لا تنجز اخلافا لزم في قوله تطلق بحيض خمسة أيام التيقن بالنصف فلنا هذا نصف أقصى مدته لانصف الدرور ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر - ثم تحيض واذا قال لطاهرة أنت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض وتطهر لان اليقين يقتضي شرطه - مستقبلا هو - هذا الحيض قدمضي بعضه وبقي بعضه وما مضى لم يدخل تحت اليقين والباقي تبع لما مضى فلا يتناول اليقين كما لا يتناول الماضي بخلاف قوله أنت طالق قبل أن تحيض حيضة بشهر حيث تطلق اذا حاضت فلا ينتظر الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبأ أو طاس الا لا تنكح الحبالى حتى يرضع ولا الحبالى حتى يستبرأ بحيضة وستنكحكم عليه في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله بخلاف ما اذا قال اذا حضت لانه لم يقدره بعبارة) اذ لم يقل اذا حضت يوما أو شهر رافعا لعلها يسمى صوما في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بامسالة ساعة فيقع به وان قطعه بعد - وكذا اذا حضت في يوم أو شهر لانه لم بشرط كماله بخلاف ما اذا قدره بعبارة كما اذا حضت يوما فانه لا يقع الا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه وتطير اذا حضت يوما اذا حضت صوما لا يقع الا بتمام يوم لانه بمقدار بعبارة واذا صليت صلاة يقع بركعتين وفي اذا صليت يقع بركعة (قوله ومن قال لامرأته اذا اولدت غلاما فانت طالق واحدة) واذا اولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما أول (ما الاول) لانه لو وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شيء لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع وان اختلفا فالقول للزوج لانه منكر للزيادة وتقرر بالمسئلة واضح من الكتاب وما عن الشافعي من انه يقع الثلاث لاحتمال الخروج معا قيل ينبغي أن لا يعمل عليه لانه مستحيل عادة غير انه ان تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعد بالاقرار ولو ولدت غلاما وجارية يمين ولا يدرى أوله - ثم وقع ثنتين في القضاء وثلاث في التزوة

حر كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب له وكان الطلاق بدعيًا وقوله واذا قال اذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعد ما طهرت وقوله (في حديث الاستبراء) يريد به ما قاله عليه الصلاة والسلام في سبأ أو طاس ولا الحبالى حتى يستبرئ بحيضة أراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان أياما عشرة أيام وبالاختطاع والغسل أو ما يقوم مقامه اذا كانت أياما هادون العشرة وقوله (ولو قال أنت طالق اذا حضت يوما) ظاهر مما تقدم واذا قال اذا حضت صوما فحكمه كذلك (بخلاف ما اذا قال اذا حضت فانها اذا حضت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكره في الكتاب قال (ومن قال لامرأته اذا اولدت غلاما فانت طالق واحدة) هذه المسئلة لا تخلو عن أوجه ان علم أن الغلام ولدته أولا طلقت واحدة وانقضت عدها بالجارية ولا يقع شيء بعده وان علم أن الجارية ولدت أولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول للزوج لا تكرار الزيادة وان لم يدر أيهما أول لزمه في القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التزوة هو التبعاعد عن السوء تطليقتان حتى لو كان قد طلقها قبل

هذا واحدة لا يطؤها حتى تنكح زواج غيره لاحتمال انها مطلقة ثلاثا وترك وطء امرأته يحمل له وطؤها خيرا من أن يأتى امرأته محرمة عليه وقوله (والعدة منقضية بيقين لما ينبت) يريد قوله لانه لو ولدت الغلام أولا (الخ) وحاصله ان انقضاء العدة للحامل بوضع الحمل لان

(وان قال لهما ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقتها واحدة قبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثاً مع الواحدة الاولى) وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر أو وجد في غير الملك فلا يقع أو وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضاً لان الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع أو وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالناسي اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام بأهلية المتكلم

لان الغلام ان كان أولاً أو ثانياً طلق ثلاثاً واحدة به وتنتسب بالجارية الاولى لان العدة لا تنقض ما بقى في البطن وله وان كان آخر اربع ثنتان بالجارية الاولى ولا يقع بالثانية شيء لان اليقين بالجارية انحلت بالاولى ولا يقع بالغلام شيء لانه حال انقضاء العدة فتردد بين ثلاث وثلثين فيحكم بالاقل قضاء وبالاكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث لانه اذا كان الغلامان اولاً وقعت واحدة بأولهما ولا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الاخيرة لانقضاء العدة وان كانت الجارية أولاً أو وسطاً وقع ثنتان به او واحدة بالغلام بعدها وقبلها فتردد بين ثلاث وواحدة ولو قال ان كان حملك غلاماً فطالتي واحدة أو جارية فثنتين فولدتهم ما تطلق لان حملك اسم جنس مضاف فيم كله غلام يمكن الشكل جارية أو غلاماً لا يقع كافي قوله ان كان ما في بطنك غلاماً والباقي بحاله كقوله ان كان ما في هذا العذل حنطة فهي طالتي أو دقيقاً فطالتي فاذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق ولو قال ان كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلاث وفي الجامع لو قال ان ولدت ولداً فأنت طالتي فان كان الذي تلدينه غلاماً فطالتي ثنتين فولدت غلاماً يقع الثلاث لوجود الشرطين لان المطلق موجود في المقيد وهو قول مالك والشافعي (قوله وان قال لهما ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف) حاصل مبني الخلاف انه اذا جعل الشرط فعلاً متعلقاً بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو ان دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا وقال زفر رحمه الله عند كل منهما وقياسه فيما اذا كان فعلاً قائماً بشيئين من حيث هو قائم بهما ان يكون كذلك مثل ان جاء زيد وعمرو فأنت طالتي فان الشرط بحسبهما فلا يقع طلاق الا ان يجيء كل منهما وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسألة اذا حضمتا فانتما طالقاً وجعله في شرح الكنتر مسألة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذلك لان تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هتابل في متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فانما هو كلمتهما معا وقع الطلاق لوجود الشرط وغايته تعدد بالقوة وجه قول زفر اعتبار الاولى من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عنده اذ هما في حكم هذا الطلاق كالشيء الواحد لتوقفه على كل منهما (ولنا ان صحة الكلام بأهلية المتكلم) وانما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الاهلية قيام الملك في الحال وكون الشرط الملك لصير الجزاء في الاول غالب الوجود بتقدير الشرط نظراً الى ظهور الاستصحاب ومقتضاه في الثاني فيتحقق بذلك معنى اليقين وهو الاخافة الحاملة على الامتناع أو الفعل فاذا امتنع لا يحتاج في بقائها الى ذلك لان بقاءها بعد تحقق حقيقة قيام الزمة وانما يحتاج اليه لوقوع الحنث والحنث لا يثبت الا عند الاخير فلا يشترط الملك الا عنده وهذا ما وعد المصنف في أوائل الباب وأما الشرطان فتعقبا حقيقة بتكرار ادائهما وهو على وجهين بواو وبغيره أما الثاني فكقوله ان كلمت ان لبيت فأنت طالتي لا تطلق ما لم تلبس ثمناً كل فتقدم المؤخر وهذا الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط وصورته في الجامع قال كل امرأة تزوجها ان كلمت فلانا فهي طالتي يقدم المؤخر فيه بالتقدير ان كلمت فلانا فكل امرأة تزوجها طالتي واستغنى عن الفاء بتقديم الجزاء فالكلام شرط الانعقاد والتزوج شرط الانحلال وأصله قوله تعالى ولا تنفعكم نصحي ان أردت ان أنصح لكم ان كان الله يريد أن يغويكم المعنى ان كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم

وقوله (ان كلمت أبا عمرو) على ما ذكره في الكتاب واضح سوى ألفاظه ذكرها وقوله (في حق الطلاق كشيء واحد) يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطاً واحداً لما وقع بدون الملك فكذلك هذا (ولنا ان صحة الكلام) أي صحة هذا الكلام الذي هو اليقين (بأهلية المتكلم) (قوله ولنا ان صحة الكلام) أي صحة هذا الكلام الى

الآن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاؤه يجعله وهو الذمة

نحى ان أردت ان أنصح لكم وقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها فالجواب أحلنا لك امرأة مؤمنة بعد هبتها نفسها للنبي ان أراد النبي فالمعنى ان أراد النبي أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحلناها قبل ويحتمل تأخير ارادته لانها كالقبول فالمعنى ان وهبت مؤمنة نفسها للنبي فان أراد النبي أي قبل أحلناها ووجه المسئلة انه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطاً واحداً للنزول الجزاء لعدم العطف وان روى عن محمد في غير رواية الاصول انه يرجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط في موضعه وهو رأى امام الحرمين من الشافعية لان الاصل عدم التقدير الابدليل والكلام في موجب اللفظ ولا الشرط الثاني مع ما بعده هو الجزء الاول لعدم الفاعل الرابطة ونية التقديم والتأخير أخف من اضممار الحرف لانه تصحج للنطوق من غير زيادة شئ آخر فكان قوله ان أكلت مقدما من تأخير لانه في حيز الجواب المتأخر والتقدير ان لست فان أكلت فأنت طالق وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التمييز في مثل ان دخلت الدار أنت طالق وعلى ما قدمناه عن أبي يوسف من لزوم اضممار الفاعل يجب أن لا يعكس الترتيب وفي التجريد لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ان كملت فلا نال بدمن اعتبار الملك عند الشرط الاول فان طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كملت فلا نال وهي في العدة طلقت انتهى وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانفصال فيعتبر الملك عنده وعلى هذا اذا قال ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتني فأنت طالق لا تطلق حتى تسأله أو لا ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط في العطيصة الوعد وفي الوعد السؤال فكانه قال ان سألتني ان وعدتك ان أعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى ومن الحنابلة من قيد ذلك بما اذا كان الشرط باذا فان كان بان تطلق لوجودهما كيف كان لان المعروف في ذلك اذا لا ان وأما الاول فاذا قال أنت طالق اذا قدم فلان واذا قدم فلان أو ذكر بكلمة ان أو متى فأيهما قدم أو لا يقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر لان قوله أنت طالق اذا قدم فلان عين تام لوجود الشرط والجزاء والشرط الثاني لاجزائه فاذا عطف على شرط تعلق به جزؤه أي تعلق جزؤه بعينه به كانه قال واذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطبيقية فلذا لو قدم ما معاً يقع الاطلاق واحد وكذا اذا خلل الجزاء بين الشرطين فقال ان قدم فلان فأنت طالق واذا قدم فلان أيهما سبق وقع ثم لا يقع عند الشرط الثاني شئ الا أن ينوي أن يقع عند كل واحد تطبيقية فتقع أخرى عند الثاني وان أخر الجزاء فقال اذا قدم فلان واذا قدم فلان فأنت طالق لا يقع حتى يقدم ما لانه عطف شرطاً محضاً على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق به ما فصار شرطاً واحداً فلا يقع الا بوجودهما لانه لو وقع بأوله ما صار عطفاً على اليمين كالاول لا على الشرط فقط فان نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحت نيته بنية تقديم الجزاء على أحد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فاما اذا عطف بالأداة شرط كان المجموع شرطاً واحداً كافي مسئلة الكتاب الا أن ينوي وقوع الطلاق بأحدهما لانه نوى اضممار كلمة الشرط كذا في شرح الزبادات **في تنبيه** بشرط في صحة الشرط الاتصال بالاستثناء وعروض اللغو بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق وفي الجامع لو قال ان دخلت ان دخلت فأنت طالق تعلق استحساناً وقال الكرخي ينبغي أن لا يتعلق على قوله لان الثاني لغو كقوله حر حران شاء الله تعالى على قوله والجواب انه تأكيدي بخلاف وحر لان التأكيدي بلفظه لا يكون بالواو فانما يشاء الله حر حران شاء الله ولا يعتق فيه وأجمعوا ان السكوت والعطف لا يمنعان العطف

وهي قائمة به فتكون صحته قائمة به بان يكون محله ذمته ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزء غالب الوجود لاستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجوداً وقت التعليق فإظهار بقاؤه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجوداً فليس كذلك فلا يكون مخيفاً حاصلاً أو مانعاً وحالة تمام الشرط للنزول الجزاء لكونه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين يقوم بعمله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فانت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم تبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال الحول فانه لا يبصر قوله ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق (الح) أقول تفريع المصنف صحة اليمين على اشتراط الملك عند التعليق لا يطابق لما ذكره الشارح فلي تأمل (قوله وحالة تمام الشرط) أقول معطوف على قوله حالة التعليق

وقوله (وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا) مسألة الهدم وهي معروفة ونعمة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب فانما اذا تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق أما عند محمد فعدم الهدم وأما عندهما وان وجد الهدم قبل الدخول في الدار يقع الثلاث لان الثلاث معلقة بدخول الدار وانما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار ثبتت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم وعندهما لا تتحققه (وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فترجعت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث لان الجزاء مطلق لاطلاق اللفظ) اذ لم يقيد تطبيقات في ملك دون ملك فلا يتقيد (قوله وقد بقي احتمال وقوعها) أي بنكاحها فانما بعد تزوجها بزوج آخر (فتبقى البين) فاذا وجد المحل يقع الجزاء (ولنا ان الجزاء طلاقات هذا الملك) بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزاء طلاقات هذا الملك لانها هي المانعة اذا تظاهر عدم ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط وأما حمل عليه فهو الجزاء لان البين للمنع أو الحمل وهما عقدت للمنع فيكون الجزاء طلاقات هذا الملك (١٤١) واذا كان الجزاء ذلك وقد فأت

بالنكاح المطلق للحمية فان البين لما تقدم أن بقاء البين بالشرط والجزاء وقد فأت الجزاء والسكك ينتفي بانهائه جزئه واعترض بان انعقاد البين لو انصرف في المنع والحمل لم يصح أن يقال ان حضت فأت طالق لانه لا يتصور فيه لamenع ولا حمل اكون الحيض عارضاسماويا وأجيب بان الاعتبار للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لان الدوال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادرا وانما هوأت في الوجدانيات كالحجة والكراهة والجوع وغيرها والصواب أن يقال الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور وقوله (بخلاف ما اذا بانها)

(وان قال لها ان دخلت الدار فأت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد درجة الله تعالى عليه هي طالق ما بقي من الطلاق) وهو قول زفر درجة الله تعالى عليه وأصله ان الزوج الثاني يهدم مادون الثلاث عندهما فتعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم مادون الثلاث فتعود اليه بما بقي وسنين من بعد ان شاء الله تعالى (وان قال لها ان دخلت الدار فأت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فترجعت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء) وقال زفر درجة الله تعالى عليه يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فتبقى البين ولنا ان الجزاء طلاقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث والبين تعقد للمنع أو الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فأت بتخييز الثلاث المطلق للحمية فلا تبقى البين بخلاف ما اذا بانها لان الجزاء ما بقي لبقائه محله

مادام في المجلس كذا في الذخيرة لان العطف غير مغير بل مقرر بخلاف الشرط والاستثناء واذا تعقب الشرط أجزية ليست اعمما فانامة ذكرناه من قريب قيد الكل واذا قال أنت طالق وعنده حران كملت فلا ياتعلق كل منهما به وعن هذا اذا قال أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثا لو أربعا ان دخلت صح التعليق فيتعلق الثلاث (قوله وان قال لها ان دخلت الدار فأت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين الخ) فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث أما عند محمد فلان الباقي واحدة بما بكل الثلاث وأما عندهما فالثلاث المعلقة بواسطة ملكة ثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية وانما تظهر فيما اذا علق طلقة واحدة ثم تجزئتين ثم تزوجت بغيره ثم عادت الى الاول ثم وجد الشرط فعند محمد درجة الله تعالى تحرم حرمة غليظة وعندهما لا اذ علك بعد الوقوع ثنتين (قوله وسنينه بعد) ونحن نبينه هناك ان شاء الله تعالى (قوله ولنا ان الجزاء طلاقات هذا الملك) لما قدمنا ان معنى البين

يتعلق بقوله وقد فأت بتخييز الثلاث أي فأت الجزاء بتخييز الثلاث المطلق للحمية بخلاف ما اذا بانها بطلقة أو طلقين حيث لا يفوت الجزاء لبقائه المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلاقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهي مسألة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا قال لعبد ان دخلت الدار فأت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع أنه بالبيع لم يبق محلا للبين وبينها وبين مسألة الظهار فان هذه المرأة لو كان قال لها تزوجها ان دخلت الدار فأت على كظهر أي فطلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار وأجيب عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فأت بالعتق لم تبقى البين وعن الثاني بان محمية الظهار لا تنعدم بالتطبيقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متمناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني الا أن ان دخلت الدار بعد التطبيقات الثلاث انما لا يصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحلة بالحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار

(قوله وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط الخ) أقول فيه سوء ترتيب (قوله وفيه نظر) أقول وفي نظره نظر فان عدم الانحصار فيها لا يخرج أمثاله عن حيز النادرة أيضا اذا لا يحلف بامثاله في الأغلب فليتامل

(قوله ولو قال الامر أنه اذا
جامعتك فأنت طالق ثلاثا)
ظاهر وقوله (في الفصل
الاول) يعنى اذا لم يخبر به
وقوله (لوجود الجامع بالدوام
عليه) معناه انه جعل
الدوام على اللبث بعد
الدخول بمنزلة الدخول
الابتدائى وقوله (ولا
دوام للادخال) معناه ان
للدوام حكم الابتداء فيما
له دوام والجامع هو الادخال
ولادوامه وقوله (وجب
العقر) قال في ديوان الادب
العقر مەر المرأة اذا و طئت
يشبهه والمرابه مەر المثل
وبه فسر الامام العتائى
العقر فى شرح الجامع
الصغير وقوله (لوجود
المساس) اشارة الى أن هذا
له حكم دوام الجامع فيكون
البقاء كابتداء الوجود عند
أبى يوسف وأما دوام
المساس فهو موجود
بالاجماع وعن هذا قيل
ينبغى أن يصير مراً جماعى
هذه الصورة عند الكل
لوجود المساس بشهوة

(ولو قال لامرأته اذا جامعته فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقي الختانان طلقت ثلاثا ولو ان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر) وكذا اذا قال لامته اذا جامعته فانت حرة (وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه انه أوجب المهر في الفصول الاول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد) وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للدخال بخلاف ما اذا أخرج ثم أدخل لانه وجد الدخال بعد الطلاق الا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذ لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء لا يتخلو عن أحدهما ولو كان الطلاق رجعيًا يصير مرجعًا بالبائت عند أبي يوسف رحمه الله خلافًا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم أدخل صار مرجعًا بالاجماع لوجود الجماع والله تعالى أعلم بالصواب

انما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقيق الاخافة والظاهر عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لانه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم فراقها وعودها الى الاول لانه عقد به بعد للمهر فلا يكون غير الملك القائم مراداً لعدم تحقق البين باعتباره فتنقيد الاطلاق به بدلالة حال المتكلم أعني ارادة البين وأيضاً بوقوع الثلاث خرجت عن المحمية له وانما تحدث محمية بعد الثاني فصارت كالمرتبة تحدث محمية بالاسلام وبطلان المحمية للجزء يبطل البين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار فجعلت خداماً أو بستاناً لا يقع البين فهذا كذلك بخلاف قوله لبعده ان دخلت فانت حرة ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لان محمية بالرق ولم تزل بالبيع وبخلاف ما اذا طلقها تنتين والمسئلة بجاهلها ثم تزوجت بغيره ثم عادت اليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق خلافًا لفرع حيث يقع الواحدة الباقية لانه وان كان استفاد حلاً جديداً بملك جديد عكس به الثلاث لان عدم بقاء البين بعدم المحمية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها اليه وأورد بعض أفاضل أصحابنا انه يجب ان لا يقع الواحدة كقول زفر لقوله هم المعلق طلقات هذا الملك والفرع ان الباقي من هذا الملك ليس الواحدة فكان كالوطئ امرأته تنتين ثم قال أنت طالق ثلاثاً فاعنتقع واحدة لانه لم يبق في ملكه سواها والجواب ان هذه مشروطة والمعنى ان المعلق طلقات هذا الملك الثلاث مادام ملكه لها فاذا زال بقي المعلق ثلاثاً مطلقاً كما هو اللفظ لكن بشرط بقاءها محلاً للطلاق فاذا انجزت تنتين زال ملك الثلاث فبقي المعلق ثلاثاً مطلقاً ما بقيت محمية أو أمكن وقوعها وهذا ثابت في تخييز التنتين فيقع والله أعلم وبخلاف ما لو قال ان دخلت الدار فانت على كظهر أمي ثم طلقها ثلاثاً ثم عادت اليه فدخلت حيث يصير مظاهراً لان الظاهر تحريم الفعل لا الحل الاصل الى الان قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاءه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح أما الطلاق فتحريم الحبل وقد فاق بتخييز الطلقات (قوله ولو قال لامرأته اذا جامعته فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقي الختانان وقع الثلاث) ثم لم يخرج في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر أي العقر بهذا اللبث بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله (وكذا اذا قال لامته اذا جامعته فانت حرة عنتق بالتقاء الختانين فاذا مكث بعده لا يجب عليه عقرها وعن أبي يوسف انه أوجب العقر في الفصولين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحريفة وقد سقط الحد للشبهة فبقي العقر (وجه الظاهر ان الجماع الادخال وليس له دوام) حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه بخلاف ما لو أخرج ثم أدخل لانه وجد الدخال الا ان الحد لم يجب لشبهة الاتحاد اي فيه شبهة انه جماع واحد وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجباً له وذلك بالنظر الى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد وإذا امتنع الحد وجب المهر لان التصرف في البضع المحترم لا يتخلو عن حد ناجز أو مهر جابر ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسئلة رجعيًا يصير مرجعًا بالبائت عند أبي حنيفة خلافًا لمحمد لوجود المساس بشهوة وهو القياس ومحمدان الدوام ليس

فصل في الاستثناء (وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق)

بتعرض للبضع على ما مر فلم يوجد سبب مستأنف للرجعة بخلاف ما إذا أخرجه ثم أدخل فأنه يصير مراجعاً بالاجماع وعن محمد لو أن رجلاً زنى بامرأته ثم تزوجها في تلك الحالة فإن لبث على ذلك لم يفرق ويجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الحלוقة بعد العقد وقد تقدم

فصل في الاستثناء هو بيان بالأو أو إحدى أخواتها ما بعد ما لم يرد بحكم الصدر وهذا يشمل المتصل والمنقطع حداً اسمياً لمفهوم لفظ استثناء اصطلاحاً على أنه متواطئ وعلى أنه حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم مجازاً فبعضه لبعض غيره براد الكائن بعض الجنس في المتصل ويقيد بغيره في المنقطع والأوجه كون الخلاف في أن الحقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم فقط وبنيته من غير الجنس أيضاً بالتواطئ والاشتراك اللفظي فإنه أفيد بخلاف معنى لفظ استثناء فإنه لا طائل تحته بل لا حاجة إليه والحق الاستثناء بالتعليق لا اشتراكاً فيهما في منع الكلام من إثبات موجهه إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم مسألة أن شاء الله لمشايتها الشرط في منع الكل وذكر أداة التعليق وإكناه ليس على مبهمة لأنه منع لا إلى غاية والشرط منع إلى غاية تحقيقه كما يفيد أكرم بني تميم إن دخلوا ولذا لم يورد في بحث التعليقات ولفظ الاستثناء اسم توقيفي قال تعالى ولا يستنون أي لم يقولوا إن شاء الله وللشاركة في الاسم أيضاً تجسّد ذكره في فصل الاستثناء وإغمايشت حكمه في صيغ الأخبار وإن كان إنشاء إيجاب لا في الأمر والنهي لوقال اعتقوا عبادي بعدي موتي إن شاء الله لا يعمل الاستثناء فلم يعقبه ولو قال بيع عبدي هذا إن شاء الله كان للأمر ببعه قيل لأن الإيجاب يقع ملزماً فيحتاج إلى إبطاله بالاستثناء وذكره ليس إلا لذلك والأمر لا يقع ملزماً فقد رده على عزله فلا حاجة إلى الاستثناء إيجاباً اعتباراً بحتمه وعن الحلواني كلما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفع لوقال نويت صوم غد إن شاء الله له أدأوه بتلك النية وهل الشرط في صحته تصحيح حروفه وإن لم يسمعه أو أن يسمعه يجري فيه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلاة (قوله وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله الخ) وكذا إذا قال إن شاء الله أو ما شاء الله أو فيما شاء الله أو الآن يشاء الله أو إن شاء الجن أو الحائط وكل من لم يوقفه على مشيئة لم يقع إذا كان متصلاً فلا يفتقر إلى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكي عندنا فيه خلاف قال خلف يقع وقال أسد لا يقع وهو الظاهر من المذهب لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقاً وقال رأيت أبا يوسف في النوم فسأله فقال لا يقع فقلت لم قال رأيت لوقال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أو كان يقع قلت لا قال كذا هذا وكذا إذا لم يدرك ما هو إن شاء الله لما ذكرنا وصار كسكوت البكر إذا زوجها أبوها فسكتت ولا تدري أن السكوت رضاعي بعبقدها وفي خارج المذهب خلاف في النية قبل بشرط نية الاستثناء من أول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصالها به وأعلم أن ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولاً اسمياً فقتضاء أن تطلق واحدة رجعية لأن الغيب هو ما شاء الله من الواقع واحدة أو اثنين أو ثلاثاً ولا شك في أن طالق المذكر صار كقوله أنت طالق كيف شاء الله ويحتمل كونها حرفياً أي مدة مشيئة الله فلا تطلق فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالخبر لا يخلو عن نظر وإنما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة إذا كان الظاهر كونها المصدرية النظرية ليرجع تعليقه بالمشيئة لكن الثابت لكثرة استعمالها موصولاً اسمياً ثم لا يقع قضاء ولا ديانة إذا قلنا بابتدائها واستعمالها وأخبر أنه أراد الطرف أما إذا لم يكن نية فينبغي أن يقع وعلمت أنه لا يحتاج إلى نية أما لو قال إن شاء زيد فهو

فصل في الاستثناء

الاستثناء هو التكميل بالباقي بعد التنبأ وألحقه بفصل التعليق لتساخيها في كونها بيان التغيي ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام أقوى من الاستثناء لأنه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء ولما كانت مسألة إن شاء الله تعالى تعليقاً صوره ذكرها بقرب من التعليق في أول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام أو باعتبار أن الله تعالى سمي ذلك استثناء قال ولا يستنون واختلقوا في أن قوله إن شاء الله بعد ذكر الرجل للإبطال أو التعليق فذهب أبو يوسف إلى الأول ومحمد إلى الثاني وإلى هذا أشار المصنف في باب الاستثناء من إقرار هذا الكتاب فقال لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى أما إبطال أو تعليق وسنذكر مرة هذا الاختلاف هنالك إن شاء الله تعالى (وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله متصلاً لم يقع الطلاق)

فصل في الاستثناء

(قوله إن كل واحد منهما يمنع أول الكلام) أقول منعاً لا إلى غاية بخلاف الشرط فإنه يمنع إلى غاية

لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنت عليه

عليك منه معتبر فيه مجلس عليه فان شاء فيه طلقت والاخرج الامر من يده وكذا الا ان يشاء زيد او يريد
 او يحب او يرضى او يهوى او يرى أو الا ان يسد وله غير ذلك تقيد بمجلس العلم ويعتبر في ذلك كله
 اخبار فلان بلسانه لامشيئته ورضاه بقلبه لان المشيئة واخواتها امر باطن وله دليل ظاهر وهو العبارة
 في مقام مقامه كذا في شرح الجامع وكذا اذا أضاف المشيئة والثلاثة بعدها اليه تعالى بالباء فقال طالق
 بمشيئة الله تعالى وإرادته ومحبه ورضاه لا يقع لانه معنى التعليق اذ الباء اللصاق والكائن في
 التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان أضاف الاربعة وما بعدها بالياء الى العبد كان عليك وان قال بأمره
 أو بحكمه أو بفضائه أو بأذنه أو بعلمه أو بقدرته وقع في الحال سواء أضافه اليه تعالى أو الى العبد لانه
 يراد به في مثله التخيير عرفا وإن قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها سواء أضافه الى الله تعالى أو الى
 العبد لانه تعليل للإيقاع كقوله طالق لدخولك الدار وإن قال بحرف في ان أضافه اليه تعالى لا يقع
 في الوجوه كلها الا في قوله طالق في علم الله تعالى فانه يقع في الحال لان في معنى الشرط فيكون تعليقا
 بما لا يتوقف عليه فلا يقع الا في العلم لانه يذكّر للعلوم وهو واقع ولا يلا يصح نفيه عنه تعالى بحال
 فكان تعليقا بأمر موجود فيكون تقييما ولا يلزم القدرة لان المراد منها التقدير وقد يقدر شيئا وقد
 لا يقدره حتى لو أراد حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في الكافي والوجه أن يراد العلم على
 مفهومه وإذا كان في علمه تعالى انها طالق فهو فرع تحقق طلاقها وكذا نقول القدرة على
 مفهومها ولا يقع لان معنى أنت طالق في قدرة الله تعالى أي في قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم
 سبق تحققه يقال للفساد الحال في قدرة الله صلاحه مع عدم تحققه في الحال وفيه أيضا وان أضاف الى
 العبد بنى كان عليك في الرابع الاول وما معناها من الهوى والرؤية تعليقا في الستة الاواخر ولا يخفى
 ان ما ذكره في التخيير بقوله في علم الله يأتي في قوله في إرادته ومحبه ورضاه فلزم الوقوع بخلاف
 توجيهنا ولو قال طالق واحدة ان شاء الله وثنيتين ان لم يشأ الله لم يقع شيء لان الاول لحقه الاستثناء
 فبطل والثاني باطل لانه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه ابطاله ولو قال طالق
 واحدة اليوم ان شاء الله وان لم يشأ فثنتين فبطل الشرط ولم يطلقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله تعالى الواحدة في
 اليوم لطلقها فيه فيثبت انه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى
 الواحدة بخلاف السابقة لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتهما فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته
 تعالى عز وجل والمسئلتان مذكورتان في النوازل وقال في المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين ان شاء
 الله وان لم يشأ في اليوم فطالق ثلاثا فبطل الشرط ولم يطلقها طلقت ثلاثا ووجه ما بيننا وقال لو لم يقيد
 باليوم في اليمينين فهو الى الموت فان لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلاثا بلا فصل وقد نرى انه مخالف
 مسألة النوازل والجواب ان مسألة المنتقى تعليق الثلاث بعدم مشيئة الله تعالى التلويقين وقد وجد
 المعلق عليه قبل الموت اذ لو شاء الله تعالى التلويقين لا وقعهما الزوج وفي مسألة النوازل تعليق
 التلويقين بعدم مشيئة الله اياهما فلا يقعان أبدا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق الخ)
 غريب بهذا اللفظ ومعناه مروي أخرجه أصحاب السنن الاربعة من حديث أيوب السخيتاني
 عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على عين فقال ان شاء الله فقد
 استثنى لفظ النسائي ولفظ الترمذي فلا حنت عليه وأخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه وقال
 الترمذي حديث حسن غريب وقد روى نافع عن ابن عمر موقوفا وعن سالم عن ابن عمر موقوفا
 ولا نعلم أحدا رفعه غير أيوب السخيتاني وقال اسمعيل بن إبراهيم كان أيوب أحيانا يرفعه وأحيانا
 لا يرفعه اه وهذا كله غير قاض في الرفع لما قدمنا في تطاير غير مرة من تعارض الوقف والرفع

(لقوله عليه السلام من
 حلف بطلاق أو عتاق
 وقال ان شاء الله تعالى
 متصلا به لا حنت عليه)

ولأنه أنى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وأنه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداماً من الأصل ولهذا يشترط أن يكون متصلاً به بمنزلة سائر الشروط (ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول)

واعلم أن ما لكارحه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ ان شاء الله والاستدلال بالحديث الموردين في المين لا يتم في مجرد أن طالق ان شاء الله وسنين ان شاء الله ذلك في كتاب الايمان وأما ما أخرج ابن عدى في الكامل عن اسحق بن أبي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن أبي رواد عن ابن جريح عن عطاء عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لا هراة أنت طالق ان شاء الله تعالى أولغلامه أنت حر ان شاء الله تعالى أو على المشى الى بيت الله ان شاء الله فلا شىء عليه وهو معلول باسحق هذا نقل تضعيفه عن الدارقطى وابن حبان ولم يعلم توثيقه عن غيرهما وأخرج الدارقطى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله نسياء ضعفه عبد الحق بحميد وتعدد طرق الضعيف عندنا وان كان يخرج به الى الحسن اذا لم يكن ضعفه بالوضع لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي (قوله ولأنه أنى بصورة الشرط) أى بحرفه دون حقيقته لأن مشيئة الله تعالى اما ثابتة قطعاً أو منتفية قطعاً فلا ترد في حكمها وما يكون كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعنى من حيث الصورة (وأنه اعدام) أى التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط (قوله والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداماً من الأصل) يشير الى أن التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لقوله تعالى حتى يلج الجبل في سم الخياط وقال

اذا شاب الغراب أثبت أهلى * وعاد القار كالبن الحليب

وعند أبى يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى وقد نقل الخلاف بين أبى يوسف ومحمد على عكسه وثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال ان شاء الله أنت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الابطال وفي شرح المجمع للمصنف عكس هذا وهو غلط فاجتنبه بخلاف قوله ان شاء الله فأنت طالق وفيما اذا جمع بين عيين فقال أنت طالق ان دخلت الدار وعبدى حر ان كلمت زيدا ان شاء الله فعلى التعليق يعود الى الجملة الثانية فلو كلمت زيدا لا يقع ولو دخلت الدار يقع وعلى الابطال الى الكل لعدم الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا أو دخلت الدار لا يقع ولو أدخله في الايقاعين فقال أنت طالق وعبدى حر ان شاء الله ينصرف الى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع أما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال وأما عند أبى يوسف فإنه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين يتعلقان به وفيما اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال وفي فتاوى قاضى خان الفتوى على قول أبى يوسف إلا أنه عزى اليه الابطال فتحصل أن الفتوى على أنه ابطال (قوله ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول) أى اذا سكت كثيراً بلا ضرورة بخلافه بجشأ أو تنفس وان كان له منه بد بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل والافصل اللغو تطلق ثلاثاً في قوله أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً ان شاء الله عند أبى حنيفة بخلافهما لان التكرار لثا كيد شائع فيعمل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول قوله وثلاثاً الغوفيقع فاصلاً فيبطل الاستثناء فتطلق ثلاثاً وعلى هذا الخلاف عبده حر ان شاء الله ولو قال حر بلا أو واستثنى لا يعتبر فاصلاً بخلاف لظهور الثا كيد وقياسه اذا كرر ثلاثاً بلا أو وان يكون مثله ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حرور لان العطف التفسيري انما يكون بغير لفظ الاول فلا يصح حر لقوله حر تفسيراً فكان فاصلاً بخلاف حر وعتيق ومثل ثلاثاً وثلاثاً لو قال أنت طالق وطالق

الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيشة الله ليست كذلك لثبوتها قطعاً أو انتفاها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعنى من حيث الصورة (والتعليق اعدام) أى اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا أصلاً (فيكون اعداماً من الأصل) فكان ابطالا للكلام (ولهذا يشترط ان يكون متصلاً به بمنزلة سائر الشروط) لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال (فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء أود كر الشرط بعده رجوعاً عن الاول)

(قوله ومشيشة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعاً) أقول فيه تأمل الان يكون الكلام مبنياً على أزلية تعلقات صناد الله تعالى على ما هو مذهب قدماء أهل السنة (قوله وما هو كذلك) أقول أى الذى أنى فيه بحرف الشرط قال المصنف (فيكون اعداماً من الأصل) أقول قال ابن الهمام يشير الى أن التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى اه

وفيه بحث فان أبى يوسف استدلى بهذا أيضاً على مذهبه كما سيجى فى كتاب الاقرار

وطال ان شاء الله طلق ثلاثا عند أبي حنيفة وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق أربعاً ان شاء الله ولو قال طالق واحدة وثلاثاً ان شاء الله صح الاستثناء اتفاقاً لأنه ليس لغوا لأنه يثبت به تكميل الاول ولو قال ثلاثاً باوثن أو البتة لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية لأنه مع الثلاث لغو وعن محمد يصح هذا ويتراعى خلاف في الفصل بالذكر القليل فإنه ذكر في النوازل لو قال والله لا أكلم فلاناً استغفر الله ان شاء الله هو مستثنى ديانة لا قضاء وفي الفتاوى لو أراد أن يحلف رجلاً ويحلف أن يستثنى في السر يحلفه ويأمره أن يذكر عقيب اليمين موصولاً سبحانه الله أو غيره من الكلام والاوجه أن لا يصح الاستثناء بالفصل بالذكر ولو كان بلسانه ثقيل وطال تردده ثم قال ان شاء الله أو أراد أن يقول فسدتا انسان فاه ساعة ثم أطلقه فاستثنى متصلاً برفعه صح وعن هشام سألت محمداً عن قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً وهو يريد أن يستثنى فأمسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء ودياته يعني اذ لم يستثن بعد التخلية ولا يكتفى بذلك الفصل واشترط الاتصال قول جاهر العلماء منهم الاربعة وعن ابن عباس جوازه الى سنة وعنه أبداً وقال سعيد بن جبير الى أربعة أشهر وعن الحسن البصري تقييد المجلس وهو قول الاوزاعي استدلالاً بحديث سليمان عليه السلام لا طوفن الليلة على تسعين امرأة كل تلد غلاماً فقال له صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله ففنى الى آخره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتوا جميعاً قلنا يحتمل قول الملك له قبل فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعني متصلاً واستدل المطلقون بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال في مكة لا يحنلى خلاها الحديث فقال له العباس رضى الله عنه الا الاذخر فسكت ثم قال الا الاذخر ومنها انه قال في أسرى بدر لا يفلت أحد منهم الا بفساده أو ضربة عنق فقال ابن مسعود الاسهل بن البيضاء فقال الاسهل بن البيضاء وما أجيب به عن هذين بأنه كان على جهة النسخ دفع بأنه بالاوهى تؤذن باتصال ما بعدها بما قبلها وليس يلزم لان المقصود الرفع بنفس لفظ القائل ايذاناً بأنه وافق الشرع المتعدد في العرفيات مثل هذا كثير في قدره جملة تشاكل الاولى مدلول عليه بها كانه قال لا يحنلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه ابوداود فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والله لا غزون قريشا والله لا غزون قريشا ثم سكت ثم قال ان شاء الله ثم يغزهم ويحجب بأن كونه لم يغزهم لا يدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلف انه لا يحلف على بين فري غير ما خبرتها الا أنى التي هي خير وكفر عنها فحين رأى ان عدم غزوهم خير لم يفعل ما حلف عليه ومنها اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق فلا حنث عليه والجواب انه محمول على الاتصال بالعرف العملي لان عرف جميع الناس وصل الاستثناء لافصله لو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه فكيف وافظه يدل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بلا ملة من حلف على بين فقال ان شاء الله ثم يوجهه أيضاً اللوازم المذكورة في الاصل من انه يستلزم أن لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق ولا اقرار بمال ولا ما لا يحصى من الموازم الباطلة وبذلك أخاف أبو حنيفة المنصور حين وشى به أعداؤه اليه بأنه يرد رأى جدك ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل فقال له ما معناه إن مخالفتهم فيه المحصين الخلافة عليك ومنع خروج المحالفين لك من الخروج عليك والاجاز لهم أن يستثنوا اذا خرجوا من عندك ومذهب الشافعي كذهبنى في أنه اذا قال متصلاً بقوله طالق أو حره ان شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك وأحمد في ظاهر الرواية عنه يتجزأ لأنه علقهما بشرط محقق لأنه لو لم يشأ الله كلاماً من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به وبوضعه انما أراد صدور اللفظ منه فقد شاء الله صدوره وان أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه اذا صدر اللفظ وجب كل منهما وان أراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فشيئته قديمة عند أهل السنة والجماعة فظنه أنها تتجدد محال والجهة لنا ما روينا من المعنى والجواب عن متمسكه أنه لم يعاقبه بمحقق لأنه لا يمكن الاطلاع على ما في

وقوله (فيكون الاستثناء) يعني على قول محمد (أوذ كر الشرط) يعني على قول أبي يوسف وقوله (وكذا إذا ماتت) معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني إذا ماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله (١٤٧) لا يقع الطلاق لأن الكلام

خرج بالاستثناء من أن يكون إيجاباً وإذا بطل الإيجاب بطل الحكم فإن قيل الإيجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها

فيكون باطلا لعدم المحل وإذا بطل الاستثناء صح الإيجاب فيقع الطلاق أجاب بقوله (والموت ينافي الموجب دون المبطّل) يعني

أن الإيجاب لو اتصل بالموت بأن موت قبل عام قوله أنت طالق بطل وأما المبطّل وهو الاستثناء أو الشرط فلا

يبطل لأن مبطل الشيء ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف

الموجب فإن المبطل ينافيه فيرفعه (بخلاف ما إذا مات الزوج) بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله

وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لأنه لم يصل به الاستثناء وإنما علم إرادته

الاستثناء بقوله قبل ذلك أني أطلق امرأتي واستثنى (وان قال أنت طالق

ثلاثاً أو واحدة طلقت ثلاثاً وان قال اثنتين طلقت واحدة) وفي ذكر

المثالين أشار إلى أن استثناء القليل والكثير سواء خلافاً

للفسرافانه لا يجوز إلا أكثر ويدعي أنه لم يتكلم به العرب

فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الأول قال رضي الله تعالى عنه (وكذا إذا ماتت قبل قوله إن شاء الله تعالى) لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجاباً والموت ينافي الموجب دون المبطّل بخلاف ما إذا مات الزوج لأنه لم يصل به الاستثناء (وان قال أنت طالق ثلاثاً أو واحدة طلقت اثنتين وان قال أنت طالق ثلاثاً الاثنتين طلقت واحدة)

مشيئة الله تعالى ونختار أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعناق بمشيئة الله تعالى وقوله فقد حكمت الشريعة إلى آخره ليس على إطلاقه إذا تعليلات من نحو أنت طالق ان قدم زيداً ودخلت الدار وحديثه لفظ الطلاق ولم يحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالإجماع وما نحن فيه من هذا القبيل (قوله فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط الخ) إنما عوّه لما ذكرناه على قول محمد استثناء وعلى قول أبي يوسف تعليق على أحد وجهي النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال ان دخلت فله على ان

أصدق بمائة مثلاً قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لأن من الامثال ما ليس به حقيقة ولأن المثل تشبيهه ولا يكون في التشبيه إيجاب المال قال وبه نأخذ لأن يريد الإيجاب على نفسه (فروع) طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء أو الشرط ولا منازع لاشكال في أن القول قوله وكذا إذا كذبه

المرأة فيه ذكره في الحاوي للإمام محمود البخاري ولو شهد عليه بأنه طلق أو خلعها بغير الاستثناء أو قال لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فان لم يشهدا على النفي بل

قالا لم نسمع منه غير لفظ الطلاق والخلع والزواج يدعي الاستثناء في المحيط القول قوله وفي فوائد شمس الإسلام الأزواج يندى لا يسمع دعوى الاستثناء إذا عرف الطلاق بالبينة بل إذا عرف بإقراره ومثله إذا

قال لعبد أعنتك أمس وقلت ان شاء الله لا يعتق وفي الفتاوى للنسفي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقني فالقول لها ولا يصدق الزوج الابينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك أنت طالق ان دخلت فقلت طلقني منجز القول قوله وفي الفتاوى الصغرى إذا ذكر الجعل لتسمع دعوى الاستثناء والطلاق على

مال كخلع ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الإسلام أبي الحسن ان مشايخنا أجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق ان لا يصدق الزوج الابينة لأنه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس والذي عندي ان

يتطر فان كان الرجل معروفاً بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي ان يؤخذ بما في المحيط من عدم الوقوع تصديقه وان عرف بالفسق أو جهل حاله ينبغي ان لا يؤخذ بقول المانع لغلبة

الفسق في هذا الزمان ولو طلق فشهدا انك قد استثنيت وهو غير ذلك ان كان بحيث اذا غضب لا يدري ما يقول وسعه الاخذ بشهادتهما والا لا يأخذ بها (قوله وكذا إذا ماتت) معطوف على قوله وإذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله متصلاً لم يقع الطلاق وقوله والموت ينافي

إلى آخره جواب عن مقدروا الموت ينافي الواقع من الطلاق حتى لو قال لها أنت طالق أو طالق ثلاثاً فماتت قبل الوصف أو العدد لا يقع فينبغي ان ينافي الاستثناء وهو المبطّل فيقع الطلاق أجاب بأن الموت ينافي الموجب فيبطل به ويناسب الاستثناء فلا يبطل به (قوله بخلاف ما لو مات الزوج) قبل الاستثناء وهو يريد ما يعلم إرادته بأن ذكر لا خرق قصده قبل التلظ بالطلاق وقول من قال يحتمل كذبه على الرجل في ذلك أو أن يبدله فيتركه ليس بشيء لأنه خلاف الظاهر ولا ينبغي تصديقه فيه ثم الواقع الوقوع فيجعله هذا إذا كان لا يثبت عدم الوقوع فقد خرق الإجماع إذا اكتفى في اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والأفلا فائدة غير اللجاج (قوله ولو قال الاثنتين طلقت واحدة) وعن أبي يوسف لا يصح

(قوله وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد أو ذكر الشرط يعني على قول أبي يوسف) أقول مخالف لما أسلفه آنفاً لأن يكون إشارة إلى النقل الآخر عما ثم أقول ولا يبعد ان يقال الظاهر ان المراد فيكون الاستثناء فيما نحن فيه و ذكر الشرط في سائر الشرط

(والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثبوت) أي عباقي من المستثنى منه بعد الاستثناء (هو الصحيح) احتراز عن قول من يقول انه
 اخراج بطريق المعارضة وموضعه (١٤٨) أصول الفقه وإذا كان كذلك لافرق بين ان يقال لفلان على درهم وان يقال

عشرة الا تسعة فيصح
 استثناء البعض قليلا كان
 أو كثيرا أو أكثر من الجملة
 لبقاء التكلم بالعوض بعده
 (ولا يصح استثناء الكل من
 الكل) مثل ان يقول عشرة
 إلا عشرة لأنه لم يبق بعده
 الاستثناء شيء (يصير متكاملا
 به وصار فاللفظ اليه) فبقى
 كلامه الاول كما كان ويقع
 الثلاث وقد ظن بعض
 أعمامنا ان الاستثناء رجوع
 والرجوع عن الطلاق باطل
 فلذلك لم يصح وليس كذلك
 لما أنه بطل استثناء الكل
 في الوصية مع أن الوصية
 تختم بالرجوع وذكر المصنف
 في زيادته أن استثناء الكل
 من الكل انما لا يصح اذا
 كان بعين ذلك اللفظ وأما
 اذا استثنى بغير ذلك اللفظ
 فيصح وان كان استثناء الكل
 من الكل من حيث المعنى
 فإنه لو قال كل نسائي طواقي
 الا كل نسائي لا يصح الاستثناء
 بل يطلقن كلهن ولو قال
 كل نسائي طواقي الا زينب
 وعمة وبكرة وسلمى لا تطلق
 واحدة منهن وان كان هو
 استثناء الكل من الكل وهذا
 لان الاستثناء تصرف لفظي
 فيصح فيما يصح فيه اللفظ فلما
 استثنى الجزء من الكل صح
 لفظا فكذلك عباقي اذ لو كان
 الاستثناء يتبع الحكم

والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثبوت هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين
 قول القائل لفلان على درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لأنه يبقى التكلم
 بالعوض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكاملا به وصار فاللفظ اليه
 الاستثناء لأنه استثنى الاكثر وهو قول طائفة من أهل العربية وبه قال أحد قائلوالم تكلم العرب به
 وقوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الا كثرون قال
 تعالى وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين لا دليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادي الخالص
 هكذا استقر الاستعمال القرآني على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون فلما لا نسلم عدم
 ثبوته لغة وما ذكرتم من التأويل في الآية ممنوع ولو سلم مع ما فيه في الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه
 وسلم في ما يرويه عن ربه عز وجل يا عبادي كلهم جافع الا من أطعته يا عبادي كلهم عار الا من
 كسوته ولو سلم فعدم السماع في تركيب معين لا يستلزم عدم صحة استعماله ألا ترى انه لم يسمع لهائة
 الاثنا وسدس عن وسائر الكسور ويجوز استعمالها وهذا لان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر
 فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه تكلم بالباقي بعد المستثنى وقولهم اخراج عن الصدر
 الى آخره تجوز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانها تستدعي سبق الدخول فان اعتبر الدخول في التناول
 فالاستثناء لا يفيد الاخراج منه لأنه باق بعد الاستثناء لان تناول اللفظ بعلة وضعه لتبليغ المعنى وهي
 قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول في الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء
 نكاحا ويلزم أن لا يصح في نحو قوله تعالى فلبت فيهم ألف سنة الا خمسين عاما من الاخبار لان المتكلم
 حينئذ ما أن يكون كاذبا في ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع أو في الاستثناء ان كان
 هو المستثنى أو غاطا في أحدهما ويستحيلان في حقه تعالى فليزم بالضرورة انه بيان ان ما بعد الا
 يرد بالحكم ثم هل يكون مرادا بالصدر أعني العام أو الكل ثم أخرج ثم حكم على الباقي أو أريد ابتداء
 بالصدر ما سوى ما بعد الا لاقر بنبته خلاف لا يوجب خلافا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء
 تكلمه بالباقي أي حكمه عليه وحققنا في الأصول ان معنى القول الاول انه أريد عشرة وحكم على
 سبعة في قوله على عشرة الا ثلاثة فإرادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم والافهم المذهب الاخر
 بزيادة تكلف ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالة لا يستلزم كون عشرة الا ثلاثة اسما مركبا للمعنى سبعة كما
 نسب الى القاضي الباقلاني على ان التحقيق ان قوله هو أحد المذهبين كما حققناه في الأصول بل
 مراده ما ذكره المصنف من قوله اذ لا فرق بين قول القائل على درهم وعشرة الا تسعة وقوله هو
 الصحيح احتراز من قول من قال اخراج وفيه معنى المعارضة لاستلزامه في الاخبار ما ذكرنا ونسب الى
 الشافعية والله أعلم فانهم مصرحون بأنه من الخصصات والتخصيص بيان ان التخصيص لم يكن مرادا
 أو قاله على تأويله بظاهر اللفظ وهو الظاهر لان مسألة الاستثناء من النبي انما يتوجب القول
 بالمعارضة لانها توجب حكيم على الثلاثة مثلا في ضمن العشرة بالاثبات وبعد الا بالنفي لكن لا شك
 في انه بحسب الظاهر لاحقيقة للاسنادين فيها والا كان تناقضا وحيث ان الثابت صورة المعارضة بين
 حكم الصدر وما بعد الا وترجع الثاني فيجب حل المرجوح عليه كما هو لكل معارضة ترجح فيها أحد
 المتعارضين فظهر انه لم يحكم في الصدر الاعلى سبعة (قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل) قيل
 لأنه رجوع بعد التقرر وهو لا يجوز ودفع بأنه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية

لكنه

الشرعي لما صح في قوله أنت طالق عشرة الا تسعة لما أنه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف

قوله وذكر المصنف في زيادته ان استثناء الكل من الكل الى قوله وان كان هو استثناء من الكل) أقول دليله مذكور في الشروح

وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فتقع واحدة ولو قال الاثلاثا يقع الثلاث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله تعالى أعلم بالصواب

لكنه لا يجوز فيه أيضا لو قال أو صبت لفلان بثلاث مائات مائة لا يصح الاستثناء فعلم انه لغيره وهو ما ذكر في الكتاب من انه حينئذ لا يبقى بعده شيء يصير متكلمه وترتيب كيب الاستثناء لم يوضع الا لتكلمه بالباقي بعد التثنية لا لتقي الكل كما يفيد التبادر مع الاتفاق على نفي انه لتقي الكل بل يفيد ذلك قوله ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقراء استعمال العرب تفيدته وما حكى عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخجرا بغير لفظ المصدر أو مساويه كعبيدي احرارا لا بما يليك فيعتقدون كما صرح به في المبسوط وقاضيجان وزيادات المصنف فلو قال نسائي طوائف الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن وفي الباقي لو قال كل امرأة طالق الا هذه وليس لها امرأة غيرها لا تطلق وفي الذخيرة لو قال أنت طالق ثلاثا لا واحدة واحدة واحدة بطل الاستثناء ووقع الطلاق الثلاث عند أبي حنيفة وعندهما يقع ثنتان وعن أبي يوسف واحدة وهو قول زفر فكان أبا حنيفة يرى توقف صحة الاولى الى ان يظهر انه مستغرق أولا وهما يريان اقتصار حكمه على الاولى وزفر يرى اقتصاره على الاولى والثانية وقول أبي حنيفة أوجه لان المصدر متوقف على الاخراج ولو قال طالق واحدة واحدة واحدة الا ثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح معه اخراج شيء ولو قال واحدة وثنتين اثنتين أو ثنتين واحدة اثنتين يقع الثلاث وكذلك اثنتين واحدة الا واحدة لانه في الاولين اخراج الثنتين من الثنتين أو الواحدة وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما يصرف الى ما يليه واذا تعقب جلا قيد الاخير منها وكما قيدنا بطلان المستغرق بما اذا كان بلفظ المصدر أو مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للمصدر فان كان صح فانه ذكر في فتاوى الولوالجي لو قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا لا واحدة طلقت واحدة واعلم انه اذا تعدد الاستثناء بلا او كان الكل اسقاطا بما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من المصدر وكل شفع جبرله فاذا قال طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة كان الواقع ثنتين لانك اسقطت من الثلاث ثنتين أولا فصار الحاصل واحدة ثم اسقطت من الساقط من المصدر واحدة فبقي بها المصدر فصار الباقي ثنتين فقد اخرج من الثلاث المستثناء واحدة فصارت ثنتين ثم اخرجهما من الثلاث المصدر فصار الباقي واحدة وهذا بناء على ان الثلاث المستثناء من الثلاث لم تبطل بل تتوقف الى ان يظهر استثناء منها فيصح أو لا فيبطل والله أعلم وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى الا آل لوط انا المنصورهم اجمعين الا امرأته ومن فروعها المعروفة على عشرة الاتسعة الا ثمانية الاسبعة الا ستة الا خمسة الا أربعة الا ثلاثة الا اثنتين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين وأربع الا ثلاثا يقع الثلاث ذكره القدوري وأصله ان الاستثناء تصرف في اللفظ أولا ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لافي الحكم استثناء فلما وقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ولهذا لو قال أنت طالق أربع الا ثلاثا تقع واحدة أو عشرة الا تسعة طلقت واحدة أو خمس الا واحدة يقع الثلاث وفي المنتقى طالق ثلاثا وثلاثا الا أربع اربع في ثلاث عند أبي حنيفة وزفر لانه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا فاستثنى الا كتر فيقع الكل وعند أبي يوسف يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد كأنه قال ستا الا أربعا وما ذكر شيخ الاسلام انه ينوي فان قال غيب ثنتين من الثلاث الاول وثنيتين من الثلاث الاخيرة يصح الاستثناء والا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية كذلك الخ لوان في هذه المسئلة ولا في

وقوله (وانما يصح اذا كان موصولا به) ظاهر واقه سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعياصريحا وكذا تبجيروا تعليقاً كلا وجزا شرع في بيان طلاق المريض متعرضاً لبعض ما ذكر
إذ المرض من العوارض السماوية فأخبرني عن بيان حكم من به الأصل وهو الصحة (وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وهذا)
يسمى طلاق الفار والأصل فيه (١٥٠) أن من أبان امرأته في مرض موته بغير رضاها وهي عن تزويجها مات عنها

باب طلاق المريض

(وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فهي في العدة وورثته وإن مات بعد انقضاء
العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في الوجهين لأن الزوجية قد بطلت بهذا
العارض

المتنق ولوقال طالق ثلاثاً بالواحدة أونتين طوبى بالبيان فإن مات قبله طلق واحدة في رواية
ابن سماعة عن أبي يوسف وهو قول محمد وهو الصحيح وفي رواية أخرى ثنتان وما قيل إن هذه الرواية
تناسب أصل أبي يوسف يعني في منع إخراج الأكثر فما لا ينبغي لأن تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه
نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية وجه الصحيح أنه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة
فخرج عن إخراج بعض التطبيقات لغو بخلاف إبقائه فلو طلق ثلاثاً لا ينصف تطبيقه وقع
الثلاث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول أبي يوسف ثنتان لأن التطبيق لا تجزأ في الإيقاع
فكذلك في الاستثناء فكأنه قال الواحدة والجواب أن في الإيقاع إنما لا تجزأ المعنى في الموقع وهو لم يوجد
في الاستثناء فيجوز أن فيه فصار كلامه عبارة عن تطبيقين ونصف فتطلق ثلاثاً

باب طلاق المريض

لما فرغ من طلاق الصحيح بأقسامه من التخيير والتعليق والصريح والكناية وكلاهما جزأ شرع في بيان
طلاق المريض إذا المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري إذا شك أن فهم المراد من لفظ
المرض أحلى من فهمه من قولنا معني يزول بحولته في بدن الحلي اعتدال الطابع الأربع بل ذلك يجري
يجري التعريف بالاختي (قوله في مرض موته) احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها
ثم مات وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالباين لأن في الرجعي برئها وترثه
في العدة وإن طلق في الصحة لقيام النكاح قال ابن المنذر أجمع أهل العلم أن في طلاق يملك الرجعة بعد
الدخول يتوارثان في العدة وأجمعوا أنه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لا يرثه
الأخر وبالعدة لأنها لا ترثه إذا مات بعد انقضائها خلافاً لما لك في قوله ترث وإن تزوجت بعشرة
أزواج ولابن أبي ليلى في قوله ترث ما لم تتزوج وهو قول أحمد ويعرف من تقييد الارث بالعدة
أنه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لأنها لا عدة عليها من ذلك الطلاق وقيد
بغير الرضا لأنه لو طلقها برضاها لا ترث ولا بد من قيد كونهما ممن يتوارثان حال الطلاق لأنه تعلق
حقها بما له إذا مرض هو وإذا ذلك حتى لو كانت كاتبة أو أحدهما مملوك أو وقت الطلاق لا ترث وإن
أسلمت في العدة قبل موته أو عتق لا ترث أما لو قال في مرضه إذا أسلمت فأن طالقاً بائناً ترثه لأنه على
بزمان تعلق حقها بما له واختلفوا فيها إذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته
لاقل من ستة أشهر فعند أبي يوسف ترث وعندهما لا ترث بناء على أن المباشرة إذا جاءت بولد لا أكثر
من سنتين تنقضي به العدة عنده جلا على أنه حدث في العدة من زمان فلا يثبت نسبته منه ويتيقن بوضعه

وهي في العدة وورثته خلافاً
للشافعي قيداً بالباينة لأن
الطلاق إذا كان رجعيًا كان
توريثها منه باعتبار أن
حكم النكاح باقٍ من كل وجه
لأباعتبار الفرار وقيد بمرض
موته لأنه إذا طلقها بائناً
في مرض فصحه منه ثم مات
لا ترث وبغير الرضا لأنه إذا
كان برضاها لا ترثه وعن تزويجها
لأنها كانت كاتبة أو أمة
لا ترث وبالموت في العدة
لأنها ماتت بعد انقضائها
لم ترث خلافاً لما لك وحكم
الفرار كما ثبت من جانب
ثبت من جانبها كما إذا
ارتدت والعياذ بالله وهي
مریضة فاته برئها (وقال
الشافعي لا ترث في الوجهين)
يعني قبل انقضاء العدة
وبعدا لأن سبب ارثها
منه الزوجية والزوجية قد
بطلت بهذا العارض

باب طلاق المريض

(قوله وتعليقاً كلا وجزاً)
أقول لعل مراده تطبيقها
نهف تطبيقاً أو ثلثها أو ما
أشبه ذلك (قوله لأنه إذا
كان برضاها لا ترثه الخ)
أقول فيه أنه إذا طلق

نفسها ثلاثاً فإجاز الزوج في مرضه ترث وليس ذلك أقل من الرضا لما يمل في الفرق وليس لك أن تقول المراد
تطبيق نفسها في صحة لأنه صرح في الغاية أنها إذا طلقت نفسها ثلاثاً في مرض موته (قوله وحكم الفرار كما ثبت إلى قوله فاته برئها)
أقول كيف برث ولا عدة في جانب ولا قيام للنكاح بوجوه من الوجوه فلا مكان وسيجي عما يقويه بعد أسطر

وهو الطلاق (ولهذا لا يرثها

إذا ماتت ولنا أن الزوجية
سبب إرثها منه في مرض
موته) وهو ظاهر (والزوج
قصد إبطال هذا السبب)
بالطلاق وهو أيضا ظاهر
(فيرد عليه قصده بتأخير
عمله) أي عمل الطلاق (إلى
زمان انقضاء العدة دفعا
للضرر عنها) فإن قيل إن
كان سبب تأخير العمل
دفع الضرر عنها وجب أن
يستوى في ذلك الموطوءة
وغيرها وما قبل انقضاء
العدة وما بعده أجاب بقوله
(وقد أمكن) يعني أن يصح
توريثها منه إذا أمكن
تأخير عمل الطلاق ليكون
السبب وهو النكاح قائما
وقد أمكن ذلك إلى زمان
انقضاء العدة لأن النكاح
في العدة باق في حق بعض
الآثار من حرمة التزوج
وحرمة الخروج والبروز
وحرمة نكاح الاخت وحرمة
نكاح أربعة سواها بخلاف أن
يبقى في حق إرثها منه دفعا
للضرر عنها

قال المصنف (ولنا أن
الزوجية سبب إرثها) أقول
أي سبب تعلق حقها بعماله
والافتقار له مصادرة قال
المصنف (فيرد عليه قصده
بتأخير عمله) أقول أي عمل
الطلاق المفهوم من السياق
ويجوز الرجوع الضمير إلى
الإبطال مراد به الطلاق
مجازا على سبيل الاستخدام

وهي السبب ولهذا لا يرثها إذا ماتت ولنا أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد
إبطاله فبرده عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن لأن النكاح في
العدة يبقى في حق بعض الآثار بخلاف أن يبقى في حق إرثها عنه

برأه الرسم فتسقط به العدة بدموته فتترث وعندهما لا يحمل على الزنا وإن قاله بل على أنه من زوج
آخر بعد عدة الأول فتبين أن عدتها انقضت قبل موته فلا ترث وستأتي المسئلة في ثبوت النسب (قوله
وهي السبب) أي الزوجية هي السبب في الإرث وقد انقطعت بالينونة وكذا لا يرثها إذا ماتت في
العدة فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين وبهذا قال عمر وابنه وعثمان
وابن مسعود والمغيرة ونقله أبو بكر الرازي عن علي وأبي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد
ابن ثابت ولم يعلم عن صحابي خلافة وهو مذهب النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين
وعروة وشريح وربيع بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثوري وحماد بن أبي سليمان والحارث
العكلي لنا الإجماع والقياس أما الإجماع فلأن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبح بن
زياد الكلبي وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمي من عبد الرحمن بن عوف لما ثبت طلاقها في مرضه وماتت
وهي في العدة بمحض من العصابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعا وقال ما تهمته ولكن أردت السنة
وهذه الرواية التي عماري عن عثمان أنه قال حين ورثها من كتاب الله وقد ذكر عن عبد الرحمن
أنه قال ما فررت من كتاب الله وقول ابن الزبير في خلافه لو كنت أنا لم أؤرثها أراد به لعدم علمي بذلك
بأن الحكم الشرعي في حقها ذلك وهو بعد انعقاد الإجماع فيه فلا يقدح فيه لا يقال بل على هذا التقرير
لم يكن إجماعا لأنه كان سكوتهما وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر أن سكوته لم يكن وفاقا لأن تقول نعم
لو كان كذلك فقيها لكنه لم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء اذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بنفسه
والحكم في ذلك يتبع ظهور ذلك بخلافه كخلاف ابن عباس في مسألة العول وقول المالكية كان
قضاء عثمان بعد العدة معارض بقول الجمهور أنه كان فيها وأما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله
أو تبرع لبعض الورثة في مرض موته بجماع إبطال حق بعد تعلقه بجماله فيه وهذا لأن حق الورثة
يتعلق بجماله بالمرض لأنه سبب الموت وإذا جرح عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوج من الورثة
فقد تم القياس بعد الإجماع وهذا القياس لا يتوقف على ظهور قصد الإبطال بل هو دائر مع ثبوت
الإبطال سواء قصده أو لم يقصده ولم يخطئه وأما القياس المتوقف عليه كإفعل المصنف فهو قياسه
على قاتل المورث وصورته هكذا قصد إبطال حقها به بد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث
بجماع كونه فعلا محرما لغرض فاسد فالحكم بثبوت نقيض مقصوده ولنا اختلاف خصوص الثابت
في الأصل والفرع فإنه في الأصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث وهذا التعليل في طريق الأمدى
بمناسب غريب اذ لم يشهد له أصل بالاعتبار بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في الحل أعنى القاتل وأما
عندنا فقد ثبت باعتباره بالإجماع المذكور وكان مقتضى القياس أن ترث ولو مات بعد تزوجها كقول
مالك إلا أن أصحابنا رأوا أن اشتراط عمل هذه الأمة لا يمكن وهو بقاء العدة بناء على أن حكم الشرع
بالميراث لا بد أن يكون لتسبب أو سبب وهو الزوجية والعقد فثبت اقتضى الدليل توريث الشرع إياها
لزم أنما اعتبر بقاء النكاح حال الموت ومعلوم أن بقاءه إما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع
الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس الإتيان بالعدة فيلزم ثبوت توريثها بعبوته في عدتها
والمصنف لم يعين لقياسه أصلا في إلحاق بل قال قصد إبطال حقهما فيرد عليه قصده دفعا للضرر ومثله
لا يفعله إلا إذا كان هناك أموال شتى يمكن إلحاق بكل منها وليس يعرف لرد القصد أصل سوى قاتل
المورث ويمكن أنما اعتبر أصوله كل من ألزم ضررا بطريق غير مباشر فإنه يرد ذلك عليه إلا أن قوله الزوجية

بخلاف غير الموطوء وما بعد انقضاء العدة لان التأخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلاً وقوله (والزوجة في هذه الحالة) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها إذا ماتت ومعناه أن الزوج إذا كان مريضاً لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها إذا ماتت إماماً لأنه لم يتعلق حقه بماله وإماماً (١٥٣) رضي بحرماتها عن الارث حيث أقدم على الطلاق وإماماً لأنه لم يكن النكاح

فأما بوجه من الوجوه (وقوله فتبطل في حقه) قال في النهاية بالنصب لأنه جواب النفي وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فإنه لا وجه له وقوله (وان طلقها بأمر) فظاهر قبل سؤالها الطلاق لا يربوا على قولها أسقطت ميراثي من فلان وغه لا يسقط أجيب بأن الميراث لا يمحتمل السقوط مقصوداً ولكن سببه وهو الزوجية يمحتمل الرض فاذ لم ترض برفضها جعلناها قائمة في حقها حكماً واذا رضيت حكماً بارتنافاضها فيسقط الارث ضمناً له وكمن حكم ثبتت ضمناً ولا يثبت قصداً

(قوله وإماماً لأنه رضي بحرماته) الخ أقول هذا الوجه أعم من الاول إذ يمحتمل ان يكون الطلاق في مرض موتها أيضاً (قوله فتبطل في حقه) قال في النهاية بالنصب الخ أقول أنت خيرانه على تقدير النصب يكون المعنى فلا تبطل الزوجية وذلك ليس بصحيح والا كان ينبغي

بخلاف ما بعد الانقضاء لأنه لا إمكان والزوجة في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصاً اذا رضي به (وان طلقها ثلاثاً بأمرها) وقال لها اختاري فاخترت نفسها واختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه) لأنها رضيت بإبطال حقها

سبب ارثها في مرض موت غير جيد لأنها سبب ارثها عند موتها عن مرض أو وفاة والوجه أن يقول الزوجية سبب تتعلق حقها بماله في مرض موتها والزوج قصداً الخ (قوله بخلاف ما بعد الانقضاء) أي انقضاء العدة لأنه لا إمكان للتوريث اذا لم يعهد ببقاء شيء من آثار النكاح بعدها على أنه روي عن عمرو وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبي بن كعب أن امرأَةَ القارِثِثِ ماتت في العدة وبه يحمل قول أبي بكر الصديق ترث ما لم تنزَّج أي ما لم تنقذ على قدرة الزوج وهو بانقضاء العدة أي ما لم تنقذ عليه (قوله والزوجة الخ) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها أي الزوجية في هذه الحالة أي حالة مرضه ليست سبباً لارثه عنها بل في حال مرضها ونقول لو كانت هي المريضة فأبانت نفسها بأن ارثت حينئذ ثبتت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج بخلاف ما لو ارثت صحيحة لأنها أبانت بنفس الردة قبل أن تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة مشرفة عليه لأنها لا تقتل (قوله فتبطل في حقه) برفع اللام فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكماً فلا يرثها إذا ماتت بخلاف ما إذا أبانتها في مرض موتها حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية في حقها دفعا للضرر عنها لأنه قصد إبطال حقها وضبطه بنصب اللام على أنه جواب النفي سهولاً لأنه حينئذ ينعكس الغرض إذ يكون معناه لو كانت الزوجية سبباً لارثه منها لبطلت ولكنها ليست بسبب فلا تبطل وإذا لم تبطل فيجب أن يرثها ولا يقول به أحد (قوله) فان طلقها ثلاثاً بأمرها) ليس قصداً بل المقصود ان يطلقها بأمرها وإماماً أعطف قوله أو قال لها اختاري فاخترت نفسها عليه فان هذا القدر انما يثبت طلاقاً بائناً وكذا إذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لأنها رضيت بإبطال حقها إماماً في الاولى فللأمر منها بالعدة وإماماً في الاخرى بين فلانها مباشر العلة إماماً في التصيير فظاهراً لأنه تملك منها وإماماً في الخلع فلان التزام المال علة العلة لأنه شراء الطلاق ومباشرة آخر وصفي العلة كباشرتها بخلاف مباشرة بعض العلة فمن فروع ذلك ما لو قال لامرأتي في مرض موتي وقد دخلت بمطلقاً أنفسك ثلاثاً فطلقت كل واحدة نفسها وصاحبتهما على التعاقب فطلقت ثلاثاً بتطبيق الاولى لا الثانية وورثت الثانية لأنها لم تبشر علة الفرق لا الاولى لأنها المباشرة ولو بدأت الاولى بطلاق ضرته ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك وورثت لان الواقع على كل واحدة منهما طلاق ضرته بالطلاق انفسها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك وورثت لان الضرة والتفويض غليظ وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتهما معاً فطلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطبيق نفسها ثم اشتغلت بما لا يقيمن تطبيق ضرتهما وان طلقتهما احداهما بان طلقت نفسها وطلقتها ضرتهما او وجد ذلك معاً فطلقتا ولا ترث لانه وجد في حقها طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى المالك لأنه أقوى أو كل يصلح علة وقد تزل معاً فيضاف الى كل كأن ليس معه غيره ولو قال في مرضه طلقاً أنفسك ان شئتما فطلقت احداهما نفسها وصاحبتهما لا تطلق واحدة منهما حتى

ان يرثها وقد اعترف به نفسه أيضاً حيث قال ان النكاح لم يكن فأما بوجه من الوجوه ويجوز ان يقال المعنى على تطلق تقدير النصب فيبطل الارث بعد تحقق سببه أي الزوجية في تلك الحالة ليست سبباً له حتى يلزم المحذور الذي هو بطلان الارث بعد تحقق سببه فالضمير راجع الى الارث وفيه تكلف

والتأخير لحقها وان قالت طلقني الرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية بطلاق حقها (وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عندك فصدقه ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد وجهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا)

تطلق الاخرى نفسها وصاحبها يتعلق التفويض بعينته ما خلا فالزفر كأنه قال طلقا أنفسكما ان شئكما طلاقا بخلاف ما تقدم فانه لم يتعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك فلو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها وصاحبها طلقا لوجود كمال العلة وورثت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر وصفي العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلامان منهما معا بانها ورثته لان كلا باشرت بعض العلة هذا كله بشرط المجلس لانه تعليق ولو قال في مرضه أمر بكأيديك فهو تعليقك منهما فلا تنفرد احدهما بالطلاق كسئلة المشيئة سواء الا أنهم ما اذا اجتمعا على طلاق واحدة منهما يقع وفي قوله ان شئكما لا يقع لانه جعل الرأى اليهما في شئين فاذا اجتمع رأيهما في شيء صح كالأول وكل رجلين يبيع عبيدين فباعا أحدهما وهناك فوض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان عندما قبل الشرط ولو قال طلقا أنفسكما بالف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي بالف معا أو معا قبا بتالف ويقسم على مهرهما لان الف مقابل بالبضعين لا يعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بماتزوجهما عليه ولم يرنا لان الفرقة لا تقع الا بالتزام المال والتزام كل علة لانه شراء الطلاق فكان فعل كل واحدة علة وفعل الاخرى شرطا والحكم يضاف الى العلة فلذا بطل الارث ولو طلقا احدهما طلقت بحصتها من الف لانهم ما مورثان بطلاقهما فقد اتنا ببعض ما أمرت به ولم ترث لانه وقع بقبولها وان قامتا بطل الامر لانه طلاق يبدل بشرطه اجتماع رأيهما بخلاف الأمورتين بالطلاق بلا بدل لانه ينفرد كل منهما بايقاع الامر واذا بطل الامر في حق نفسها لانه تعليق بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي (قوله والتأخير) أي تأخير عمل الطلاق لحقها وهي قد رضيت بابطاله ولذا لو حصلت الفرقة في مرضه بسبب الحب والعنة وخيار البلوغ والعق لم ترث لرضائها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جائزا في الفرقة بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج في مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتكليف ابن الزوج لا ترث لأن يكون أبوه أمره بذلك فقرهها مكرهه لانه بذلك ينتقل اليه فيكون الأب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منها وهي مريضة ورثها الزوج لكونها قارة وفي الجامع لو فارقت في مرضها بخيار العتق أو البلوغ ورثها لانها من قبلها ولنا لم تكن طلاقا وفي الشايع جعل هذا قول أبي حنيفة ومحمد وفي الفرقة بسبب الحب والعنة والعان لا يرثها لانها طلاق فكانت مضافة اليه وأورد ينبغي أن لا يرثها أصلا لاننا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة أوجب لها صارت محجورة عن ابطال حقه أبقينا النكاح في حق الارث دفعا للضرر عنه وأوردا لقصد ابطال حقه كستعمل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبني هذا الجواب يستلزم تورث امرأة الفار اذا مات بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية أكره على طلاقها الثلاث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو أكرهت على سؤالها الطلاق ترث (قوله ولو قال لها كنت طلقتك الى قوله فلا تهمه في حق هذه الاحكام) هاتان مسئلتان ما اذا تصادقا في مرض موته على طلاقها وانقضاء عدتها قبل المرض وما اذا أنشأ طلاقها ثلاثا في مرض موته بسؤالها ثم أقر لها بمال أو أوصى لها بوصية فعند أبي حنيفة لها الاقل من الميراث ومن كل من الوصية

وكذلك إذا اختارت نفسها لانه دليل الرضا بالفرقة وبالحل قد التزمت المال لتحصل لها الفرقة وهو أدل على الرضا بها وقوله (وان قال لها في مرضه) في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند أبي حنيفة ويجب ما أقر وأوصى بالغيا ما بلغ فيهما عند زفر وقولهما في الاولى كقول زفر وفي الثانية كقول أبي حنيفة

قال زفر (والميراث لم يابل بسؤالها أو تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية) وإذا زال المانع بطل مقتضى قوله (وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما المتصادقان) (١٠٤) على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية فأنعدمت التهمة) واستوضح ذلك بقوله ألا ترى وقوله

(وهي سبب التهمة) أي العدة

سبب تهمة ايشار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيبها كما في حقيقة الزوجية (والحكم) وهو عدم صحة الاقرار والوصية (يدار) على دليل التهمة ولهذا (على النكاح والقربة) حيث لا يجوز وصيته ولا اقراره لم ينكحته وذوى قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين ايثارا له على غيره ولكنه أمر مبطل وله سبب ظاهر وهو النكاح والقربة فأقامه الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية لم ينكحته وقربيه فكذا في المعتدة لان العدة من أسباب التهمة (ولا علة في المسئلة الاولى) لنصادهما على انقضائها في عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشيء مقام غيره واقامة الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسيان (ولابى حنيفة في المسئلتين ان التهمة فائقة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزواج قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فردناها ولا تهمة في قدر الميراث فخصمناه وقوله ولا مواضعة عادة) جواب عن قولهما ألا ترى انه يقبل شهادته لهما وهو واضح

الاعلى قول زفر رحمه الله فان لها جميع ما أوصى وما أقرب له لان الميراث لم يابل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما المتصادقان على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه حتى جازله أن يتزوج أختها فأنعدمت التهمة ألا ترى انه تقبل شهادته لهما ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقربة ولا علة في المسئلة الاولى ولا بى حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة فائقة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزواج قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فردناها ولا تهمة في قدر الميراث فخصمناه ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال رضى الله عنه

والمقربة في الفصلين وقال زفر لها تمام الموصى به والمقربة في الفصلين وقال في الاول كقول زفر وفي الثاني كقول أبى حنيفة لفران المانع من صحة الوصية والاقرار الاثر وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الاولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتبار موحيهما فلذلك لو لم تكن تهمة لكنها باينة غير انهما فالانما هي ثابتة في الثانية لا الاولى وذلك لان ثبوت التهمة به باطن فأدبر على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الاولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين والدليل على ان مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع ان ما ينبتى بالتهمة من جواز الشهادة ثابت في الاولى حتى جازت شهادة أحدهما للآخر فعمل انتفاء التهمة شرعا وانما صارت أجنبية وعن هذا جاز وضع الزكاة فيها وان تزوج بآخر من وقت التصديق ولا بى حنيفة ان قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة أيضا نظرا الى تقدم النكاح المفسد للآفة والشقة وارادة ابطال الخير ولما لم يظهر اتمام تصادق عليه الا في مرضه كنافته من المواضعة لينفتح باب الاقرار والوصية وهذه التهمة انما تتحقق في حق الورثة لا في حق هـ ذه الاحكام اذ لم تجز العادة بالتواضع للتزوج باختها وهي بغيره أو لادفع الزكاة أو للشهادة فلذا صدق فيها لا في حق الورثة وهذه التهمة انما هي في الزائد فينتفى ثم ما تأخذ انما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين وفائدته انه لو توى شيء من التركة قبل القسمة فالنوى على الكل ولو كان ما تأخذ بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة ولو طلبت أن تأخذ نائير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان دينها لكان لها ذلك ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر وتعامل فيه بزعمها ما تأخذ من دين ولو أقرب فساد نكاحها أو خلعهما أجنبي في مرضه ترث وفي جوامع الفقه وكذا الوفاة كنت جامعة أمك أو تزوجتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر والقربة أى قرابة الولاد فلا تقبل من الولدان سفل لايه وجهه ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي أن يتقارن كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فينبذ لانهمة في الاقرار لها والوصية وان كان ذلك في حال المطالبة وبالعنف في خدمته ينبغي أن لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما اذا قالت امرأة غيري أو تزوجت على فقال كل امرأتى طالق فانه قال قيل الاولى يحكم الحال ان كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضا وان لم يكن كذلك لا يقع قال السروجي فقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هناك أن تحكم هنا اه وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت على ونحوه اذا اقترن بالمشاجرة

اما ما تأخذ من دين ولو أقرب فساد نكاحها أو خلعهما أجنبي في مرضه ترث وفي جوامع الفقه وكذا الوفاة كنت جامعة أمك أو تزوجتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر والقربة أى قرابة الولاد فلا تقبل من الولدان سفل لايه وجهه ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي أن يتقارن كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فينبذ لانهمة في الاقرار لها والوصية وان كان ذلك في حال المطالبة وبالعنف في خدمته ينبغي أن لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما اذا قالت امرأة غيري أو تزوجت على فقال كل امرأتى طالق فانه قال قيل الاولى يحكم الحال ان كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضا وان لم يكن كذلك لا يقع قال السروجي فقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هناك أن تحكم هنا اه وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت على ونحوه اذا اقترن بالمشاجرة

وقوله (ومن كان محصوراً أو في صف القتال) هذا لبيان أن حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شيء يقرب به إلى الهلاك غالباً فهو في معنى مرض الموت لأن مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً فكان (١٥٥) في المعنى سواء وفسر المرض الذي

يخاف منه الهلاك غالباً أن يكون صاحب فراس وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بجوائحه كالاصحاء وكلامه واضح وقوله (ولهذا أخوات تخرج على هذا) منها ركب السفينة بمنزلة الصحيح فإن تلاطمت الأمواج وخيف الغرق صار كل مريض في هذه الحالة ومنها المرأة

الحامل فإنها كالصبيحة فإذا أخذها الطلق فهي كالريضة ومنها المقعد والمفلوج مادام يزداد ماله فهو كالمرضى فإن صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لأنه مادام يزداد في علته فالغالب أن آخره الموت وإذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك وقوله (وقوله إذا مات في ذلك الوجه) بيانه إذا طلقها في مرض موته ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض لأنه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن أبان يرى أن لاميراث لها لأن مرض الموت ما يكون سبب الموت ولما مات بسبب آخر علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت وإن حقها لم يكن متعلقاً به يومئذ فهو كالأول

(ومن كان محصوراً أو في صف القتال فطلق امرأته ثلاثاً ثم وإن كان قد بارز رجلاً أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل) وأصله ما بيننا أن امرأة الفارث استحسننا وأما ثبت حكم الفرار بتعلق حقها به وأما بتعلق عرض يخاف منه الهلاك غالباً كما إذا كان صاحب الفراس وهو أن يكون بحال لا يقوم بجوائحه كما يعتاده الاصحاء وقد ثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في وجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لأن الحصن يدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف وقوله إذا مات في ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراس بسبب المرض إذا قتل (وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح إذا جاء رأس الشهر أو إذا دخلت الدار أو إذا صلى فلان الظهر أو إذا دخل فلان الدار

أما هنا فلا إذا ابتاعها بما هو أكثر من الميراث ظاهر في أن تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها والام بوصول لها ظاهراً والحاصل أن الظاهر بذلك الإحصاء التواضع على اظهار الخصومة والتشاجر وكثيراً ما يفعل أهل الحيل ذلك للأغراض (قوله ومن كان محصوراً الخ) الحاصل أن مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغلبة الهلاك تكون حال عدم المرض كأن يكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصاً أو في سفينة فتلاطمت الأمواج وخيف الغرق أو انكسرت وبقي على لوح أو اقتصره سبع فبقى في فمه بخلاف ما إذا كان محصوراً في حصن أو في صف القتال أو محبوساً للقتل أو نازلاً في مسبعة أو في مخيف من العدو أو أوراكب سفينة دون ما قلنا والمرأة في جميع ذلك كالرجل فلو باشرت بسبب الفرقة فيما ذكرناه من أحوال الفرار كخيار البلوغ والعسق وتمكين ابن الزوج والارتداد فإنه يرثها على ما بيناهم اتفاقاً والحامل لا تكون فاردة إلا في حال الطلاق وقال مالك إذا تم لها ستة أشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة في كل ساعة قلنا المناط ما يخاف منه الهلاك ولا يخاف منه إلا في الطلق وتوجهه بالمرض قيل إن لا يقدر أن يقوم إلا بأن يقام وقيل إذا خطا ثلاث خطوات من غير أن يهادي فصحيح والأفريض وضعف بأن المريض جدد لا يجز أن يتكلف لهذا القدر وقيل إن لا يقدر أن يمشي إلا أن يهادي وقيل أن لا يقوم بجوائحه في البيت كما يعتاده الاصحاء وإن كان يتكلف والذي يقضيها فيه وهو يشكى لا يكون فاراً لأن الإنسان قلما يحتاج عنه فأما من يذهب ويحجى ويحجم فلا وهو الصحيح فأما إذا أمكنه القيام في البيت لا في خارجه فالصحيح أنه صحيح هذا في حق الرجل أما المرأة فإذا لم يمكنها الصعود إلى السطح فهي مريضة والمسؤول والمفلوج والمقعد مادام يزداد ماله فهو غالب الهلاك والأفك الصحيح وبه كان يفتي برهان الأئمة والصدور الشهيد وقيل إن كان لا يرجى برؤه بالتداوى فكالمريض والأفك الصحيح وقيل ما كان يزداد أبداً لأن كان يزداد نارة ويقل أخرى ولو قرب للقتل فطاق ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالريضة ثم لأنه لا تظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالى بكونه بغيره وأعلم أن قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار يقتضي الحاق حالة الطلق للحامل والمبارزة بحال الصحة إلا أن يبرز لن علم أنه ليس من أقرانه فالأولى أن يتعلق ما هو في حكم مرض الموت بخلاف من الهلاك الموت غالباً كما ذكره في المرض على أن غالباً متعلق بالخوف وإن لم يكن الواقع غلبة الهلاك فتأمل وأما في حال

طلقها في صحة ولكننا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون الموت سبباً فلا يتبين بهذا أن مرضه لم يكن مرض الموت وإن حقها لم يكن ثابتاً في ماله وقد بينا أن رثتها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا (وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح) كلامه فمه واضح سوى ألفاظ تذكرها

فأنت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله (اذا دخلت الدار) وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بجي الوقت أو بفعل الاجنبي أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهما اذا كان التعليق بجي الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق أو بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بما له وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رجه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق بصير تطبيقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل مما له منه بدأ ولا بد له منه بصير فارا لوجود قصد الا بطلان اما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد فترث تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث

فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاعضاء حكم المرض فقال الشافعية ولم أره لمشايعنا (قوله) فأنت طالق (أي طالق بائن لان الفرار يثبت به بالرجعي والله الموفق) (قوله) اما ان يعلق الطلاق (الخ) ضبطه اما ان يعلقه بفعل أحد أو لا الثاني التعليق بنحو جى الغد والاول اما بفعل نفسه أو غيره وهو اما المرأة أو اجنبي والكل على وجهين اما ان يكون التعليق ووقوع الشرط في المرض أو الشرط فقط ففي التعليق بفعل الاجنبي وجي الوقت ان كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال تعلق حقها بما له وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق بصير تطبيقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا يعني بلم قول زفر انه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع ولو حلف بعد التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث فلو كان تطبيقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع في الاول وحنث في الثاني ولانه لم يكن فارا بالتعليق في الصحة وبعده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدره على منع فعل الاجنبي وجي الوقت فلا يكون ظاهرا واما في التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال وان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الا بطلان اما بالتعليق ان كان في المرض أو بمباشرة الشرط ان كان التعليق في الصحة وكون الشرط لا بد منه غاية ما يوجب اضطراره والاضطرار في جانب الفاعل لا يثبت الضمان كمن اضطر الى كل مال الغير أو تلفه فانما أو مخطئا بضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما بعرضه فاضطراره الى ابطاله يرد عليه تصرفه الا ان هذا حكم الفرار مع عدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار ولا فرار مع عدم القصد وقوله (وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد) ربما يعطى ان المنظور اليه في اثبات حكم الفرار اذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار الا ان يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار مع كون الشرط لا بد منه في حالتي كون التعليق في المرض أو الصحة وعلى الثاني لا يستقيم النظر الى التعليق في اثبات الفرار لانه ليس في حال تعلق حقها ويمكن ان يقال انه اضطرار جاء منه حيث علق بما لا بد منه مع علمه بوقوع أسباب الموت ولانه لا اضطراره الى الشرط يفعله فكان حاله ان يرضى بالشرط بل انما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه واما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام

(قوله) فأنت طالق) يعني طلاقا بائنا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا وقوله (وكانت هذه الاشياء) بمعنى وجدت تامة لا تحتاج الى خبر وقوله (بصير تطبيقا عند الشرط حكما لا قصدا) يظهر بمسئلتين لاحدهما أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع أن طلاق المجنون غير واقع فدل على أنه ليس بتطبيق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف أن لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطبيقا قصدا لحنث وقوله (والفعل مما له منه بدأ ولا بد له منه بصير فارا) قيل عليه ينبغي أن لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه بصير مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير ان فعل ظاهرا فلا ترث وأجيب بان الاضطرار في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر الى كل مال الغير أو الى قتل الجمل الصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما أن عصمة الحمل تكفي لايجاب الضمان

وقوله (لانها راضية بذلك) يعني صار كونه مطلقا بسؤالها لما أن الرضا بالشرط رضا بالمشروط فان قيل لان سلم ذلك فان أحد شريكي العبد اذا قال لصاحبه ان ضربه فهو حر فضر به عتق وللضارب ولاية تضمين الخالف مع أن الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضا أعجيب بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة بشبهة العدوان فانه روي عن عمر وعثمان وعلي وتابعهم فيه غيرهم في بطل حكمه أيضا لشبهة الرضا ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضا المرأة فيمكنني ذلك لنفي حكم الفرار وقوله (أو في العقبى) راجع الى صلاة الظهر قيل انما خصها بالذكر وان كان جميع المكتوبات (١٥٧) فيه سواء لانها أول صلاة فرضت

على النبي صلى الله عليه وسلم وكان الفهم في النظر الى الاول أسبق وقوله (فكذلك الجواب عند محمد) أي لا تراث المرأة لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب ان يتقدم رضاها اذ فعلها باعتبار انهما لا تجسد منه بدافيكون هذا كالتعاقب بفعل أجنبي أو عجيء الشهر وقد بينا ان هنالك لا تراث اذا كان التعاقب في الصحة فكذلك ههنا لما ان الزوج لم يباشر العادة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا فان قيل في هذا مناقضة من جانب زفر لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط كالنكاح فكان ايقاعا في المرض فالجواب ان معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لان الشرط لما كان فعلا جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلا فلم

لانها راضية بذلك وان كان الفعل مما لا بد لها منه كالطعام وصلاة الظهر وكلام الابوين تراث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضاع الاضطرار وأما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض فان كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال أنه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تراث لان الزوج ألجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كأنها آله كما في الاكراه قال (واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم تراث) وقال زفر رحمه الله تعالى عليه تراث لانه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكننا نقول المرض اذا تعقبه برفق فهو بمنزلة الصحة لانه يتقدم به مرض الموت فبين انه لاحق لها بتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لم تراث وان لم ترتد بل طاعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة أبطلت أهلية الارث اذا المرتد لا يرث أحد ولا بقاء له بدون الأهلية وبالطاعة ما أبطلت الأهلية

زيد لم تراث وقوله (لانها راضية بذلك) أي بالطلاق اذ الرضا بالشرط رضا بالمشروط أو رد عليه مالو قال أحد الشريكين في العبد لشريكه ان ضربه فهو حر فضر به يعق وللضارب تضمين الخالف فقد رضى بالشرط ولم يجعل ذلك رضا بالمشروط اذ لم يكن مضطرا الى فعل الشرط لكن مضطرا في مسألة الاعتاق فانها موضوعه فيما اذا كان أحد الشريكين قال ان لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربه فهو حر فضر به فللضارب تضمين الخالف لانه مضطرا الى فعل الشرط وفعل الشرط مضطرا لا يدل على الرضا وأجاب في الكافي بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان فيبطل بماله شبهة الرضا ولا كذلك الضمان وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكيف لنفي حكم الفرار (وان كان الفعل مما لا بد لها منه ككل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الابوين) ومنه قضاء الدين واستيفاءه والقيام والقعود والتسقي فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة (قوله كافي الاكراه) بأن أكره لاسنانا على اتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن وينتقل الفعل اليه فكذلكها وكف فعل القاضي فانه ينتقل الى الشاهدين حتى يضمنان اذ ارجعها لانه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق وفي مبسوط نغرا الاسلام الصحيح ما قاله محمد (قوله فلا يصير الزوج فارا) يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص انما يتحقق سرعا بالامانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق الا في مرض موته وقد ظهر خلافه أو نقول هو بطلان قوله لكن الفرار انما يؤثر في الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فأتني شرط عمل العلة (قوله ولو طلقها) أي بثلاثا أو غيرها في مرضه وهذا لانه فرع على هذا الطلاق نفسه مسألة المطاوعة وقال انها تراث ولا يتفرع ارضها عليه الا اذا كان بائنا ثلاثا أو غيرها اذا طاعته بعد الرجعي لا تراث كالمطاعته حال قيام النكاح (قوله لم تراث) بخلاف النفقة فانها بالردة تسقط ثم بالاسلام تعود لانها معتدة

يخرج فعله عن حيز الاعتبار وقوله (لان الزوج ألجأها الى المباشرة) أي الى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لاسقاط حقها

(قوله وقوله أو في العقبى راجع الى صلاة الظهر) أقول وأيضا راجع الى كلام الابوين (ولو طلقها فارتدت) أي ولو طلقها ثلاثا أو بائنا فانه ان لم يظهر أثر الثلاث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابلته من مسألة المطاوعة فانما انما تراث في المطاوعة بعد البينونة واما اذا طاعت ابن زوجها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق الرجعي فلا تراث لوقوع الفرق بالمطوعة

وقوله (لان المحرمية لاتتأني الارث) يعنى بل تتأني النكاح كما في الام والاخت وقوله (وهو) يعنى الارث هو (الباقى) وقوله (فتكون راضية ببطان السبب) أى سبب الارث (١٥٨) وهو النكاح (قوله وقال محمد لا ترث) قيل لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر العاتين وكل

آخر المدارين فان قيل الفرقه انما تقع بقضاء القاضى عندنا فكان القضاء آخر المدارين اوجب بأن اللعان شهادة عندنا على ما باقى والحكم ابدى يثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قوله ما أن الفرقه وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة في ذلك لاستدفاع العادر عن نفسها وكان ملحقا بفعل لا بدلهامنه (وقد بينا الوجه فيه) أى في الفعل الذى لا بدلهامنه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة وقوله (وان آلى وهو صحيح) ظاهر (قوله وقد ذكرنا وجهه) يريد قوله ولنا ان التعليق السابق يصير تطبيقا لـ الخ فان قيل لانسلم ان الالبلاء تطير تعليق الطلاق بمجيء الوقت ان كان التعليق في الصحة لما انه ممكن من ابطال الالبلاء بالنفى فاذا لم يطل في حالة المرض صار كانه أنشأ الالبلاء في المرض وهناك ترث فكذلك ههنا وكان تطير من وكل وكبلا بالطلاق في صحته فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لم تكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه انشاء فكذلك ههنا اوجب بان الفرق بينهما ثابت وهوانه لا يمكنه ابطال الالبلاء

لان المحرمية لاتتأني الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاعت في حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقه فتكون راضية ببطان السبب وبعد الطلقات الثلاث لاتثبت الحرمة بالمطوعة لتقدمها عليها فافترا (ومن قذف امرأته وهو صحيح ولا عن في المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وان كان القذف في المرض ورثته في قوله جميعا) وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بدلهامنه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه (وان آلى وهو صحيح ثم بان بالالبلاء وهو مريض لم ترث وان كان الالبلاء أيضا في المرض ورثت) لان الالبلاء في معنى تعليق الطلاق بعضي أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال (والطلاق الذى يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه) لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما قال (وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا ماتت وهي في العدة) وقد بينا والله تعالى أعلم بالصواب (قوله لان المحرمية لاتتأني الارث وهو الباقي) بعد ذلك الطلاق ولم يوجد ما يزيله لان المحرمية لاتتأني الارث بل تثبت معه كما في الام والبنات فانما تتأني النكاح خاصة فيبقى الارث اهدم المزيل فرجع ضمير وهو الباقي الارث (قوله في حال قيام النكاح) أى حاله المرض (قوله فتكون راضية ببطان السبب) وهو النكاح وذلك راضيا ببطان السبب (قوله لتقدمها عليها) أى لتقدم الحرمة على المطوعة لحصولها بالطلاق السابق عليها (قوله وقد بينا الوجه فيه) وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة أى مباشرة الشرط ولا رضاء مع الاضطرار كذا قيل والوجه كونه قوله بعد ذلك لان الزوج الجأها الى المباشرة فنتقل الفعل اليه الخ لان الاول ذكره في صورة ما اذا كان التعليق والشرط في المرض وما ذكرنا ذكره في صورة ما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه فان القذف كان في الصحة واللعان في المرض وقوله (اذ هي ملجأة الى الخصومة) ظاهر في ان الملحق بفعلها الشرط الذى لا بدلهامنه هو خصوصيتها أى مطالبتها بوجوب القذف لانه به يدفع العار ولو جعل لعانها صح أيضا اذ هي ملجأة اليه من قبله اذ لعانته يلحقها الى لعانها لا يقال هو أيضا ملجأ الى لعانه من قبلها لان الاجزاء في الكل يعود اليه لانه الجأها الى الخصومة وأثرها لعانه فكان لعانه منسوبا الى اختياره فهي وان باشرت آخر جزأى مدار الفرقه وهو ما تسلكه محمد يعنى لان لعانها آخر العاتين لكن الزوج اضطررها اليه وقيل في وجه قول محمد الفرقه قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق حقها به ولا يخفى انه سبب بعد ثم قيل على الاول ان سبب الفرقه قضاء القاضى لا اللعان وأوجب بأنه المجهى للقاضى الى الحكم والحكم لا يستند الا الى الشهادة واللعان هو الشهادة المجهى (قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت) كأنه قال في صحته اذ امت أربعة أشهر ولم أقربك فانت طالق بان خفضت في مرضه ثم مات فيه لا ترث كالمعلق في صحته بأمر سماعي ووجد الشرط في المرض لا يكون فارا وأورد عليه ان الالبلاء في الصحة ليس مثل التعليق بمجيء الوقت بل تطير ماله وكل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لانه ممكن من عزله فاذا لم يعزله كان فارا كذا ههنا هو ممكن من ابطال الالبلاء في المرض بالنفى فاذا لم يفعل ينبغي أن يكون فارا اوجب بالفرق بأنه لا يمكن من ابطال الالبلاء الا بضرر يلزمه فان النفى باللسان لا يجوز اذا كان الالبلاء في حال الصحة بل اذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل (قوله في جميع الوجوه) أى سواء كان الطلاق بسؤالها أولا أو كان التعليق بفعلها أو بفعله والفعل مما لها منه بدأ ولم يكن لا يستثنى من عمومها الا قيام العدة فانه مشروط فيها جميعا فروع قال صحيح

الابضرار يلزمه فلم يكن ممكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة وقوله (في جميع الوجوه) يعنى سواء كان لموطوءته الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله وسواء كان الفعل مما لها منه بدأ ولم يكن والباقي واضح والله أعلم

(قوله لا يضرر يلزمه) أقول وهو وجوب الكفارة عليه

لموطوءه فيه احدا كما طالق ثلاثا ثم بين في مرضه في احدها ما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها به فله فبر عليه قصده كما لو أنشأ فجعل انشاء في حق الارث للثمة ولو ماتت احدهما قبله ثم ماتت تعينت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكى فانتفت التهمة عنه كما لو علق في صحته بمجيء رأس الشهر بخفاء وهو مريض لا ترث بخلاف ما قبلها لانها تعينت بالطلاق بفعلة فترث كما لو علق في صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط في المرض فان كان له امرأة أخرى غير التنتين فلها نصف الارث اذ لا يرزاجها الا امرأة واحدة لان احدهما مطلقة يقين والنصف الاخر بينهما بالاستواء مما في الاستحقاق ولو ماتت التي بين طلاقها قبل موته لم ترث منه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانه بخبر وجها عن أهلية الارث بالموت وكان الارث للآخرى لان التعيين دون الانشاء ولو أنشأ في مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للآخرى كذا هنا ولو كانت له امرأة أخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التي بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لهما نصف الارث لان البيان انما يبطل صيانة لحقها الثابت بظاها وحقها الثابت بظاها وقت البيان النصف فلم ترده عليه وهذا لانها منكوبة من وجه دون وجه فلا تستحق الا النصف حتى لو كان معها امرأة أخرى كان لها الربع وثلاثة الارباع للراثة الاخرى لاننا انما اطلقنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها في الربع فكان للبعينة الربع ولان الاخرى منكوبة من كل وجه فتستحق كل الارث وهي منكوبة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للآخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الاخر فقتنصف بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احدهما ما لا قل من سنتين فهو ليس ببيان وبقي الزوج على خياره لان العلوق يحتمل كونه بوطء قبل الطلاق وهذا لا يصلح بيانا فلا يكون بيانا بالشك اذ لا يقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفي الزوج هذا الولد أمر بالبيان فان قال غيب عند الايقاع التي لم تلد بلا عن بينه وبين التي ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قد فذ منكوخته وان قال غيب التي ولدت يحسد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قد فذ فاجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم العان فان قال لم أعن عند الايقاع احدا ولكن أريد بالمهم التي ولدت لا يحسد لانه قد فذ منكوخته لان الطلاق يقع وقت التعيين ولا بلا عن أيضا لان شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى بالطلاق لتيقننا بالوطء بعد الطلاق وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم بكون الوطء منه ضرورة والوطء بعد الطلاق المبهمة بيان اجما وتعين التي ولدت للنكاح فان نفي الولد لا عن ولا يقطع النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احدهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطأها لا يصلح بيانا ووطء صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان المولود لاكثر من سنتين حصل بعلوق بعد الطلاق المبهمة يبين لان الولد لا يبق في البطن أكثر من سنتين أما علوق الاخرى فشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الاقل تنقضي بوضع الحمل ان كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الاكثر بعدها أكثر من ستة أشهر لتيقننا بعلوق صاحبة الاكثر ووطأها كان قبل ولادة صاحبة الاقل وقبل الولادة هي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل وان كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الاقل بالحض لاحتمال ان وطء صاحبة الاكثر كان بعد ولادة صاحبة الاقل واذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحض احتياطاً وان أقر الزوج بوطء صاحبة الاقل أو لا طلقت صاحبة الاكثر باقراره ولا يصدق في صرف الطلاق عن صاحبة الاقل فطلقتا كن قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعينها طلقنا وان ولدت كل واحدة لاكثر من سنتين من وقت

باب الرجعة

(وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضى بذلك أو لم يرض)
بقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف من غير فصل

الايقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بيانا للطلاق في الأخرى فإذا ولدت الأخرى بعده لا يتحول الطلاق الواقع عليها إلى غيرها ومار كما إذا وطئ أحدهما ثم الأخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخر كذا هنا وثبت نسب الولدين أما ولد الأولى فظاهر وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها قبل علوق الأولى وتنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا فولدت ولدا ثم ولدا آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثاني منه أيضا وتنقضي به العدة لأنها حكمتا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة وهذا لأنه يحتمل أنه وطئها قبل ولادة الولد الأول ولم يصل الماء إلى رحمها لانسداده فإذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلاث لأن تلك الحال حال نزول الثلاث والشيء في نزوله غير نازل فيثبت النسب احتسابا فيعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لأنها جعلت معلقة حال قيام النكاح والله أعلم من الكافي

باب الرجعة

وجه المناسبة في إيقاع الطلاق بالرجعة ظاهر والرجعة تتعدى ولا تتعدى يقال رجع إلى أهله ورجعته إلى أهله أي برددته وقال الله تعالى فإن رجعت الله إلى طائفة منهم ويقال في مصدره أيضا رجعا ورجوعا ورجعا ورجعا والرجعة بكسر الراء ورجعا قالوا إلى الله رجعتك (قوله رجعية) الرجعي تطليق المدخول بها مادون الثلاث بلا مال أو مادون الثلاثين إن كانت أمة بضريح الطلاق غير الموصوف والمثبته أو ببعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات وأما تقييده باللفاظ الثلاثة فلأنها قد من كنايات رجعية غيرها فافقد شيئا من هذه فليس رجعي كالثلث وغالب الكنايات ولو بلا مال وصح كالأحادثة على مال وقبل الدخول لأنها لا تعد لها قبله فلا تتصور الرجعة والموصوف والمثبته مستدركان على ما في النهاية وغيرها (قوله لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف) بعد قوله إذا طلقت النساء فطلعتوهن لعدتهن ثم قوله فإذا بلغن أجلهن والمراد يلوغ الاجل قرب انقضاء العدة أي فقرب انقضاء عدتهن للإجماع على أن لا رجعة بعد الانقضاء ففي الآية دليل على قيام النكاح لأن الامساك استدانة القائم لإعادة الزائل وعلى شرعية الرجعة شاعت أو أبت لأن الأمر مطلق في التفديرين وقوله تعالى وبعلولتهن أحق بردهن ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله أحق مطلقا أي هو الذي له حق الرجعة وإن أبت هي وأبوها وحكمته استدراك الزوج ما وقع منه من التفريط في حقه من النكاح لا لغيره لأنه له ولغيره وهو أحق منه وفي اشتراط العدة إذ لا يكون بعدها بعلا وهو مما يدل على قيام النكاح أيضا وقد منافي باب ايقاع الطلاق أن اطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لأن الرد يصدق حقيقة بعد انقضاء سبب زوال الملك وإن لم يكن زال بعد يقال رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز يحافظ على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازا يحافظ على حقيقة الرد لتأييد ارادة حقيقة البعل يجعل الرجعة امساك في قوله تعالى فأمسكوهن بمعروف أو نقول يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد إلى الحالة الأولى وهي كونها بحيث لا تحرم بعد مضي العدة فلا اشكال حينئذ أصلا

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعاً آخرها وضعها ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح أقصم وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط أحدها تقديم صريح لفظ الطلاق أو بعض ألفاظ الكناية كما تقدم والثانية أن لا يكون بمقابلته مال والثالثة أن لا يستوفي الثلاث من الطلاق والرابعة أن تكون المرأة مدخولاً بها والخامسة أن تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لأحد ثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع

باب الرجعة

(قوله ولها شرائط إلى آخر قوله) والخامسة أن تكون العدة قائمة أقول وجميع ذلك يفهم من كلام المصنف الاشرط المدخولية

ولابد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك ألا ترى انه سمي امسا كما هو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضاءها (والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتى) وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الأئمة قال (أويطأها أو يقبلها أو يمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها بشهوة) وهذا عندنا

(قوله ولابد من قيام العدة لان الرجعة) امساك على الوجه الذي كان أولا وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء العدة ولا ملك بعد العدة ليستدام وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الاطلاق بالنسبة الى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة الى قيام العدة وعدمها أجاب بان اشتراط قيامها ضروري لما قلنا (قوله وهذا صريح) ألفاظ الرجعة صريح وكناية فالصريح راجعتك في حال خطابها وراجعت امرأتى في حال غيبتها وحضورها أيضا ومن الصريح ارجعتك ورجعتك وردتلك وأمستك وفي المحيط مسكتك بمنزلة أمستك وهما لغتان فهذه بصير مر اجعها بالانية وفي بعض المواضع يشترط في رددتك ذكر الصلة فيقول الى أو الى نسكاحي أو الى عصمتي ولا يشترط في الارتجاع والمراجعة وهو حسن اذ مطلقه يستعمل لصد القبول والكنايات أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى فلا يصير مر اجعها بالانية لان حقيقة تصدق على ارادته باعتبار الميراث واختلفوا في الامساك والنكاح والتزويج فلو تزوجها في العدة لا يكون رجعة عند أبي حنيفة وعند محمد هو رجعة وعن أبي يوسف روايتان قال أبو جعفر وبقول محمد نأخذ وفي النبايع عليه الفتوى وكذا في القنية وجه قول أبي حنيفة ان تزويج الزوجة مانع فلا يعتبر ما في ضمنه قلنا نحن لانعتبر به باعتبار ما في ضمنه بل باعتبار لفظ التزويج مجازا في معنى الامساك وفي الذخيرة لو قال راجعتك بمهر ألف درهم ان قبلت صح والا فلا لانهم ازيدة في المهر فيشترط قبولها وفي المرنغيتاني والحاوي قال راجعتك على ألف قال أبو بكر لا تجب الالف ولا تصير زيادة في المهر كما في الاقالة (قوله ولا خلاف فيه بين الأئمة) كأنه لم يعتبر أحد قول مالك خلافا فانه ذكر في الجواهر في حصول الرجعة راجعتك بالانية قولان للمالك كما في نكاح الهازل (قوله أو يقبلها أو يمسها بشهوة) يحتمل كون الشهوة قيد في اللبس لانهم مالانهم أفرد النظر الى الفرج بقصد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفي المبسوط والذخيرة التقييل بشهوة والنظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد التقييل في الكتاب وأما النظر الى دبرها فليس برجعة على قياس قول أبي حنيفة وفي البدائع وهو قول محمد المرجوع اليه وفي بعض المواضع بكرة التقييل واللبس بغير شهوة فدل انهم مالا يكونان رجعة وفي الخلاصة أجعوا على انه لو مكنتها أو قبلها بشهوة أو لمساها بشهوة وثبتت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم في الاستدلال ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تقوم بفعل يختص بالنكاح أي يختص حكمه به يفيد عدم اشتراطها في القبلة لان القبلة مطلقا يختص حكمها به بخلاف اللبس والنظر فانها لا يختصان به الا اذا كانا عن شهوة لما يذكرك فلا يكونان عن غير شهوة دليلا ولا يكون النظر بشهوة الى غير داخل الفرج منها رجعة هذا ولا فرق بين كون القبلة واللبس والنظر منها أو منه في كونه رجعة اذا كان ماصد منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا فان كان اختلاسا منها بان كان نائما مثالا لا يمكنه أو فعلته وهو مكرها ومعتوه ذكر شيخ الاسلام وشمس الأئمة ان على قول أبي حنيفة ومحمد ثبت الرجعة خلافا لابي يوسف انتهى وعن محمد كقول أبي يوسف وذكر ان أبا يوسف مع أبي حنيفة وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة لا فرق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها أو منه وكذا اذا أدخلت فرجها في فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقا كالجارية المبعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت ذلك في مدة الخيار ينفسخ البيع وأبو يوسف فرق بأن اسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما اذا جنت على نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط وعن

(و) ألفاظ (الرجعة أن يقول راجعتك) ان كان في حضرتهما (أو راجعت امرأتى) في الغيبة بشرط الاعلام أو في الحضرة أيضا أو يقول رددتك أو أمستك أو يقول أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى ان نوى الرجعة ولا خلاف لاحد في جواز الرجعة بالقول وأما بالفعل مثل أن يطأها أو يقبلها أو يمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها بشهوة) فهي صحيحة عندنا (قوله بشرط الاعلام) أقول فيه ان الاعلام مستحب ليس بشرط كما سيجي

وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه فكان الوطء حراما كما في ابتداء النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بينا وهو اشارة الى قوله الا ترى انه سمي امساكا وهو الابقاء وقوله (وسنقره) اشارة الى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا انما فائتة حتى يملك مراجعتها الخ وقوله (والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة) جزء الدليل وقوله (كما في اسقاط الخيار) دليله وتقريره الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم وطئها سقط الخيار كما اذا سقط بالقول بل هنا أولى لانه في البيع يحتاج الى رفع السبب المزيل (١٦٣) وهو البيع اما هنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما لولاه زال والدفع أسهل

وقال الشافعي رجعة الله تعالى عليه لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة النكاح على ما بينا وسنقره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرمة بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يعمل بدون النكاح كما في القابلة والطيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكين والزواج يساكنها في العدة فلو كان رجعة اطلقها فتطول العدة عليها قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين فان لم يشهد صحت الرجعة)

أبي يوسف أيضا انه قال في الجارية لا يسقط الخيار بفعلها هذا اذا صدقها الزوج في الشهوة فاذا أنكر لا تثبت الرجعة وكذا ان مات فصدقها الورثة ولا تقبل البيعة على الشهوة لانها غيب كذا في الخلاصة ولا تكون الخلوة ولا المسافر معها رجعة الا عند زفر وأبي يوسف في رواية وتكره المسافرة بها ككرهه خروجها من المنزل وعن أبي حنيفة لا تكرر ويأتي الكلام في ذلك (قوله مع القدرة) احتراز عن الاخرس ومعتقل اللسان (قوله لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ) الحاصل ان الخلاف هنا مبني على ان الرجعة سبب استدامة الملك القائم أو سبب استحداث الحل الزائل قلنا بالاول وقال الثاني وعلى هذا ينبغي حل الوطء وحرمة فعندنا يعمل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعندنا انشاء النكاح من وجه واستبقاء من وجه فثبتت الحرمة احتياطاً وعلى هذا ينبغي ان الامه اذ ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول له لانه انشاء النكاح من وجه كذا في التحفة (قوله على ما بينا) يعني قوله الا ترى انه يسمى امساكا (قوله وسنقره) أي في آخر هذا الباب وهو قوله ولنا انما أي الزوجية قائمة الى آخره وهناك نتكلم عليه (قوله كما في اسقاط الخيار) يحصل بالفعل المختص بالملك كمن باع أمته على انه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره فكما أن سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل أولى لان البيع معه يزول الملك الى ثلاثة ايام والطلاق يزيله الى ثلاث حيض فكان أضعف في زوال الملك من البيع وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر الجاع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهرى والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك ولا يحق ان أراد به الرجعة فهو رجعة (قوله خصوصا في الحرمة) فانه لا سبب لملها فيها مطلقا الا النكاح بخلاف الامه فانه يعمل فيها بأمرين (قوله وغيرهما) كالحائنة والشاهد على الزنا (قوله فلو كان)

من الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى أن يعنه فقال (والدلالة) أي الدليل (فعل) يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص بالنكاح فتقع دلالة وقوله (خصوصا في الحرمة) لبيان ان حل الاستمتاع بها ليس الا بالنكاح وأما في الامه فيحل به وبملك اليمن أيضا بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يعمل بدون النكاح كما في القابلة والطيب والحائنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة (والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكين والزواج يساكنها في العدة فلو كان النظر اليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها) وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا تعتدوا قال (ويستحب أن يشهد

على الرجعة) اذا أراد الرجعة يستحب أن يقول لاثنين اشهدا على بآني قد راجعت امرأتى (وان لم يشهد صحت الرجعة أي

(قوله وقال الشافعي رجعة الله لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه الخ) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التقرير (قوله والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة) أقول نظيره استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المتقدمين في كيف لكن لك أن تقرره على هذه الصورة الرجعة استدامة الملك وكل ما هو كذلك فالفعل يقع دليلا عليه (قوله فلا يحتاج الى رفع الطلاق الخ) أقول بل هو باق حكما ولهذا عاينها بعد بالطلقتين اذا لم تزوج بآخر (قوله بل يحتاج الى دفع ما) أقول وهو انقضاء العدة على تلك الحال (قوله لولاه) أقول أي لولاه دفعه (قوله زال) أقول يعني النكاح (قوله وهذه الافاعيل تختص به الخ) أقول استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المتقدمين في كيف

وقال الشافعي في أحد قوليه لاتصح (وهو قول مالك) وهو غريب لأنه لا يوجب الاشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على الرجعة (لهما قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن معروف أو فارقهن معروف وأشهدوا ذوى عدل منكم والامر بالإيجاب ولنا اطلاق النصوص في الرجعة عن قيد الاشهاد) وهو قوله تعالى فأمسكوهن معروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فأمسكوهن معروف وقوله تعالى وبعلتهن أحق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما أن يتراجعا وقوله عليه السلام من ابنك فليراجعها وقوله (ولأنه) أي الرجعة بمعنى الرجوع أو على تأويل المذكور (استدامة للنكاح) كما تقدم والاستدامة انما هي حالة البقاء (والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء) بالاتفاق فكانت (كالمثالي في الإيلاء) في ان (١٦٣) الشهادة عليه ليست بشرط لكونه

حالة البقاء (الأنها) أي الشهادة (مستحبة لزيادة الاحتياط كي لا يجرى التناكر فيها) أي في الرجعة (وما تلاءم عليه ألا ترى أنه قرن بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها أي النظر إلى غير الفرع رجعة لطلقها لان مقصود الطلاق وهذا التعميم بفساد النظر إلى دبرها لا يكون رجعة وبه صرح في نكاح الزوائد واختلفوا في الوطء في الدبر أشار القسودرى إلى أنه ليس برجعة والفتوى على أنه رجعة إذ هو مس به شهوة وزيادة لا ترفع الرجعة بعد ثبوتها ورجعة ما يجنون بالفعل ولا تصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلو ثم قال وطئها أو أنكرت له الرجعة ولو قال لم أدخل بها لرجعة له عليها وتعلق الرجعة بالشروط وإضافتها إلى وقت المستقبل باطل كالنكاح والمستحب أن يراجع بالقول وفي النبايع الرجعة سنية وبدعية فالسنية بالقول (قوله وهو قول مالك) المذكور في كتبهم انما تصح بلاشهاد وأنه مندوب إليه وكذا في شرح الطحاوى كقولنا فكان ما ذكره المصنف رواية عنه وكذا المنسوب إلى الشافعي قوله غير معمول به عند أصحابه فإنه قال في البسيط وفي الجديد للشافعي الاشهاد مستحب وفي الروضة لهم ليس بشرط على الاظهر (قوله ولنا اطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الاشهاد) كقوله تعالى الطلاق مرتان فأمسكوهن معروف أو فرقهن معروف وقوله فأمسكوهن معروف وقوله تعالى وبعلتهن أحق بردهن وقوله فلا جناح عليهما أن يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم من ابنك فليراجعها وهذه النصوص ساكنة عن قيد الاشهاد فاشترطه اثبات بلا دليل وما تلى فليس بدليل عليه إذا امر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى فأمسكوهن معروف أو فرقهن معروف ثم أمر بالاشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالاشهاد على كل منهما بلافظ واحد وهو قوله وأشهدوا ذوى عدل منكم واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب فإذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يراد به ذلك أيضا بالنسبة إلى الآخر والالزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب به بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضا بالنسبة إلى المراجعة فيكون الندب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا أما الشافعي فيجوز الجمع بينهما فلا ينتقض هذا عليه إلا بانتهاض الأصل المذكور وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه في الأصول ومع هذا التقرير لا حاجة إلى إيراد أن

كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما تعقبها جملة أخرى تعلقت بهما واحداهما تقتضى تعلقها بهما من حيث الاستصحاب فكذلك الأخرى لا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين (ويستحب أن يعلمها) بالرجعة لأنه لو لم يعلمها لم يقع المراجعة المعصية فانها قد تزوج بناء على زعمها أن زوجها لم يراجعها وقد انتقض عدمه أو بطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وزوجها الذي أوقعها فيه مسيئا تركه الإعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها تحقت الرجعة لأنها استدامة للأقام وليست بإنشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم أجيب بانها إذا تزوجت بغير سؤال

(قوله فكانت عاصية وزوجها أوقعها فيه مسيئا الخ) أقول من قبيل حذف الموصول

وقعت في المعصية لان التقصير جاء من جهتها (واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتهما في العدة فان صدقته فهي رجعة وان كذبه فالتقول قولها لانه أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال) وكل من فعل كذلك فهو متهمة وذلك يقتضي أن لاتصح الرجعة وأن صدقته أيضا (الأن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له (١٦٤) قد انقضت عدتي فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج أو بعد مكث فان كان الثاني

تصح الرجعة بالاتفاق وان كان الاول لم تصح عند أبي حنيفة خلافا لهما قالوا الرجعة صادفت العدة لبقا لما ظاهرا الى أن تخبر وقد سبقت الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لاحتحالة (ولهذا لو قال لها طلقك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي وقوع الطلاق ولا ي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها أمينة في الاخبار عن الانقضاء) اذ لا يعلم ذلك الا بخبرها وقد أخبر بذلك والاخبار يقتضي سبق الخبر عنه ولا دليل على مقدار معين (وأقرب أحواله حال قول الزوج فاذا صادفت حالة الانقضاء لان تكون معتبرة ولا نسلم ان مسألة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لاتثبت به

كي لاتقع في المعصية (واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتهما في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبه فالتقول قولها) لانه أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رجعة الله وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح (واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رجعة الله) وقالوا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرة الى أن تخبر وقد سبقت الرجعة ولهذا لو قال لها طلقك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولا ي حنيفة رجعة الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها أمينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسألة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لاتثبت به

القران في النظم لا يوجب القران في الحكم فكيف قلتم به هنا والاشتغال بجوابه للتأمل اصلا (قوله كي لاتقع في المعصية) قيل عليه لامعصية بدون علمها بالرجعة ودفع بأنها اذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الامر واستشكل من حيث إن هذا الجواب للسؤال عليها وثبات المعصية بالمثل بما ظهر عندها وليس السؤال الادفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان اعلامه إياها اذ هو أيضا مثل ذلك فاذا كان مستحبا لانه تصرف في خالص حقه فكذلك أسألهما يكون مستحبا لانها في النكاح كذلك ولو راجعها لم تعلم فترجعت بأخرفه امرأة الاول دخل بها (٣) الاول أولا (قوله واذا انقضت العدة الخ) هنا مستثنان الاول اذ لم يظهر رجعتهما في العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الانشاء أما الاولى فاما ان تكون المرأة أمة أو حرة وكل منهما اما ان تصدقه أو تكذبه ففي الحرة ان صدقته تثبت الرجعة لان النكاح ثبت بتصادقهما فالرجعة أولى وان كذبه لاتثبت لانه أخبر والخبر مجرد دعوى علق بعضها بعد ظهور انقطاع ملكه ومجرد دعوى ملك في وقت لا يملك انشاءه فيه لا يجوز قبولها مع انكار المدعى عليه الا بينة بخلاف ما إذا كان ذلك في وقت يمكنه فيه انشاؤه كان يقول في العدة كنت راجعتك أمس تثبت وان كذبه لانه ليس متهما فيه لتكذبه من ان ينشئه في الحال أو يجعل ذلك انشاء ان كانت الصغرة تحتمله فصار كالوكيل إذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق للملك الانشاء وبعد ما بلغه العزل أو أخبر ببيعه سابقا وكذبه للمالك لا يقبل قوله الا بينة لانه متهما حيث لم يخبر قبل ذلك ثم لا تخلف المرأة إذا كذبه بل تذهب الى حالها باليمين عند أبي حنيفة وهي احدى الاشياء الستة التي لا يمين فيها عنده وفي الأمة اذا كذبه وصدقته المولى فالتقول لها عند أبي حنيفة خلافا لهما وان صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى واختاف في قول أبي حنيفة والصحيح انه كقولهما وستأتي أوجه الاقوال في الكتاب فانه فصل بين قوله للحره وبين قوله للأمة بالمسألة الثانية وهي اذا قال قبل الانقضاء فلنوافقه فنقول وأما المسألة الثانية فان قالت مجيبة انقضت عدتي مفصلا تثبت الرجعة اتفاقا لانها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور ولو قيل وجب حالته على أقرب حال

تستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت متقضية حال إخبارها اه فيه بحث لان الرجعة التكلم صحت عندهما فعلا لم تستحلف المرأة وجوابه ان المراد انهما لو قالوا كما قال أبو حنيفة رجعة الله من عدم صحة الرجعة ونظير ذلك في المزاوعة فراجعها (قوله والاخبار يقتضي سبق الخبر عنه الخ) أقول الظاهر سبق الخبر به والا فالتخبر عنه هو العدة وليس سبقه من المقصود في شيء ويجوز أن يقال قولها انقضت عدتي في تأويل حصل الانقضاء أو يقال المراد سبق الخبر عنه متصفا بالخبر به (٣) صوابه الثاني اذ لا رجعة مع عدم دخوله قاله العلامة البحر اوى كتبه مع صحته

(واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها) وهي في العدة فاما أن يصدق (١٦٥) المولى والامة أو يكذباه أو يصدق المولى

وتكذبه الامة أو بالعكس
فان كان الاول صححت الرجعة
بالاتفاق وان كان الثاني لم
نصح بالاتفاق الا اذا برهن
وان كان الثالث وليس له بينة
(فالقول قولها عند أبي حنيفة

وقالا القول قول المولى لان
البضع مملوك) له بعد انقضاء
العدة معناه منافع البضع
فكان الاقرار بها الزوج
اقرارا بما هو خالص حقه فلا
مرد له وكان كالاقرار عليها
بالنكاح بان يقر بانه زوج
أتمه من فلان (وهو) أي أبو
حنيفة (يقول حكم الرجعة
يتبنى على بقاء العدة) وانقضائها
وكل ما يتبنى على ذلك يتبنى
على قول من يكون القول
قوله في ذلك لكونه أمينا
(والقول في العدة قولها) حكم

الرجعة يتبنى على قولها ولم
يذكر الجواب عن الاقرار
بالتزويج اظهروه وذلك لانه
لما صدق في الرجعة لم يبق له
حق في منافع بضعها فاني
يكون له اقرارا بما هو خالص
حقه بخلاف الاقرار بالتزويج
فانه اقرار بذلك وكان الفرق بينا
وان كان الرابع وعبر عنه
المصنف بقوله (ولو كان على
القلب فعندهما القول قول
المولى) لان منافع البضع خالص
حقه والزوج يدعيها عليه
وهي منكرة (وكذا عنده في
الصحيح لانها مقتضية العدة

(واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقها المولى وكذبه الامة فالقول قولها
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا القول قول المولى) لان بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه
للزوج فشا به الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يتبنى على العدة والقول في العدة قولها
فكذا فيما يتبنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها مقتضية
العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق
في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة

التكلم وذلك حال سكوتهم ايفضاف اليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن وان قالت موصولا بكلامه
لا تثبت عند أبي حنيفة ولا يخفى ان هذا مقيد بما اذا كانت المدة تحتل الانقضاء فالقول تحتمله تثبت
الرجعة الا اذا ادعت انها ولدت وثبت ذلك وعندهما تصح الرجعة لانه أنشأها حال قيام العدة ظاهرا
لبقائها ظاهرا مالم تقر بانقضائها فتثبت كما ثبت الطلاق لو قال طلقك فقالت مجيبة انقضت عدتي
لحقها طلاقه أخرى وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لانها أمينة في الاخبار شرعا فوجب قبول
اخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارئة لانقضاء العدة فلا
تصح كالأبوع الطلاق في قوله طالق مع انقضاء عدتك وعلى هذا لو اتفق ان خرج كلام الرجل مع
قولها انقضت عدتي ينبغي أن لا تثبت الرجعة ومسئلة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده
قبيل والاصح انه يقع لانه مؤاخذ به لاقراره بالوقوع في حق نفسه ولا يخفى ان هذا انشاء وليس باخبار
ليكون اقرارا فاذا اظهر انه أنشأ في وقت لا يصح ينبغي أن لا يقع نعم لو عرف ان مقتضى الفقه كون
ابقاعه وجد في حال الانقضاء فليجوز وقال لا اعتبر هذا بل وقع لزمه حينئذ لانه مقر على نفسه والوجه
فيما اذا ادعى مجيبته ان طلقك ونحوه من أنت طالق ظاهري الاخبار والانشاء يتحمل لتقدم الطلاق
الاول وراجعتك بالعكس فان لم يسلم هذا فالتعويل على المنع وتختلف المرأة هنا بالاجماع على
ان عدتها كانت منقضية حال اخبارها والفرق لابي حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم تستخلف
عنده انه لم يراجعها في العدة ان الزام الامين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزويج
والاحتباس في منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الاشياء الستة فان بذلها لا يجوز ثم اذا
نكحت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كسبوت النسب بشهادة القابلة بناء على
شهادتها بالولادة (قوله) واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقها المولى
وكذبه الامة فالقول لها عنده وقال المولى لانه أقر بما هو خالص حقه) وهو منافع بضعها للزوج
فيقبل كالأقرار عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين اقراره عليها بالنكاح واقراره بان الزوج راجعتها
في العدة لانه يفرد بانكاحها حال غيبتها وعدم انهما فيقبل اقراره عليها بخلاف اقراره بتصديق الزوج
في دعوى المراجعة وهو يقول ان حكم الرجعة من الصحة وعدمها يتبنى على العدة من قيامها وانقضائها
وهي أمينة فيها مصدقة في الاخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلا فكذا فيما يتبنى عليها وفيه
نظر اذ لا ملازمة بحكمها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونه لها فيما يتبنى عليها الا اذا
وقع لازما لوجود قولها في العدة قولاً أي بان تدعي فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لازما
لذلك لان كون القول قولها فيها ما ثبت الا لاجل ان القول لها في المستلزم لالتماع تقضيها فيها وهذا
لا يقتضي سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فانهم لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل
اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها وانما ادعى في حال كونه لملك له عليها انه راجعها قبل الانقضاء
وهي منكرة ان يكون فعل ذلك فلا يقبل عليها (قوله ولو كان على القلب) بأن كذبه المولى وصدفته

في الحال) بالاتفاق وبالنقض يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة
مقر بقيام العدة عندها أي عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة في هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة التزويج كما أشرنا اليه

قوله (وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها) لانها أمانة في ذلك اذ هي العالمة به (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وان لم تنقض وان انقطع لاقبل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يعصى عليها وقت صلاة كامل) لان الحيض لا يزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات يعصى وقت الصلاة بخلاف ما اذا كانت كآية لانه لا يتوقع في حقها أمانة زائدة فاكتفى بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند أبي خنيفة وأبي يوسف رجعهما الله وهذا استحسن وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان يغتسله ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لانها قبلها من الاوقات

قوله (وان قالت قد انقضت عدتي) ظاهر والضمير فيه راجع الى الانقضاء قال (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة) كلامه واضح وقوله (بلزوم حكم من أحكام الطاهرات يعصى وقت الصلاة) يعني ان الوقت اذا مضى صارت الصلاة ديناً في نعمتها وهو من أحكام الطاهرات وقوله (واذا تيممت وصلت) أطلق الصلاة لتناول المكتوبة وغيرها وقوله (حتى يثبت به من الاحكام) يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن واباحسة الصلاة وسجدة التلاوة

فالقول للمولى بالاتفاق وقوله في الصحيح احتراز عما في النسيب ان على الخلاف أيضا وقال بعض أصحابنا لا يعصى بشئ حتى يتفق المولى والامة ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بجمعة الرجعة الا اذا اتفقا اذ يستحيل أن لا يعصى بالرجعة ولا بعدمها وفي المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح ووجه الفرق لا بي خنيفة انها من فضة العدة في الحال ويستلزم ظهور ملك المولى المنعة فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول وهو ما اذا كذبت وصدقه المولى لانه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله عليها (قوله وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لانها أمانة في ذلك اذ هي العالمة به) دون غيرها أي بالانقضاء ولذا يقبل قولها في حائض حتى لا يحل قربانها الزوج ولا للسيد ولو قالت ولدت يعني قد انقضت عدتي بالولادة لا يقبل قولها الا بينة أو قالت أسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فالزوج أن يطلب عينا على انها أسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ولا فرق في هذا بين الحر والامة (قوله أو يعصى عليها وقت صلاة) أي بأن يخرج وقتها الذي طهرت فيه فتصير ديناً في ذمتها فان كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير وان كان في أوله لم يثبت هذا حتى يخرج لان الصلاة لا تصير ديناً الا بذلك وعلى هذا لو طهرت في وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة الى دخول وقت العصر (قوله بخلاف ما اذا كانت كآية) فانه لا يتوقع في حقها امانة على الخروج من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لان الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها فبمجرد الانقطاع وان كان لما دون العشرة حل وطؤها وانقطعت رجعتها (قوله وتنقطع اذا تيممت وصلت) أي فرضاً أو نفلاً عند أبي خنيفة وأبي يوسف رجعهما الله تعالى (قوله حتى يثبت به من الاحكام) برفع يثبت لان حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل والمراد بالاحكام جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف وهذه أحكام الغسل فكان التيمم مثله ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط ولذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت وكذا لو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلاة أولى ولا يشك عليه انه لا يحل لها التزوج بأخرب بالاتفاق لان التيمم وان قام مقام الغسل هو أضعف منه والاحتياط في التزوج عدم جوازه معه وفي الرجعة انقطاعها معه حتى لا يأتها رجل في شبهة (قوله ولهما انه ملوث غير مطهر) أي حقيقة لا شرعاً كذا في الدراية ولنفس هذا المقام ليندفع ما يحال من المناقضة للاوهام مستعينة بالملك العلامة مصلياً على سيدنا نبينا محمد أفضل الرسل الكرام عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام فنقول هذا البحث له ثلاثة موارد في الفقه أولها باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز الفرائض المتعددة

بتييم واحد عندنا خلافا له وهو مبني على أن التيمم طهارة مطلقة أولا فقال انها ضرورة ثبتت
ضرورة أداء المكتوبة به فيقدر بقدرها فلا يبقى بعدها فاتفق ائمتنا في جوابه على أنها مطلقة تعمل
عمل الماء ما بقي شرطه وصرح في النهاية في تقريره بان التيمم من زيل للحدث من كل وجه ما بقي شرطه
وهو العدم كالماء الا أنه بالماء مقدرا الى وجود الحدث وهنا الى شيئين الحدث والماء فانها باب الامامة
في مسئلة اقتداء المتوضي بالتيمم فافتروا فيها فقال محمد بن ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضي به
وقال المطلقة فيجوز والثالثا هنا فافتروا ايضا الا أنهم عكسوا كلهم فتراى لمحمد وجهان من
المنافضة أحدهما قوله في الامامة ضرورة به بعدما اتفقوا عليه في جواب الشافعي من أنها مطلقة
والثاني ان بعدما قال في الامامة انها ضرورة قال هنا مطلقة ولهما وجه من المناقضة وهو قولهما
هناك مطلقة وهنا ضرورة ما وثقه وكثير من الشارحين يأخذ في تقرير قولهما انه لا يزيل الحدث
يبقى ولهذا عند رؤية الماء انما يصير حدا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا والجواب انه لا شك
ان في التيمم جهة الاطلاق وجهة الضرورة وفيه ايضا انه ملوث في نفسه مغبر لا يظهر أى لا ينظف فعنى
الاطلاق انه يزيل الحدث مطلقا كالماء الى غاية أحد الأمرين من وجود الحدث أو الماء ومعنى الضرورة
أن شرعيته ضرورة أداء المكتوبات وعدم تقويتها وتكثير الخيرات عند عدم الماء اكرام لهذا النبي
الكريم صلى الله عليه وسلم وأمثه ولذا كان من الخصائص وهذا لا يفيد الاخلال بمعنى الاطلاق اذ
حاصله انه بيان سبب شرعيته ولما شرع للضرورة والحاجة التي ذكرنا شرع كالماء استعمال الماء
وانما يفيد ضعفه والمخطاطه عن التطهير بالماء وأما كونه ملوثا ومغبرا فهو بسبب عدم شرعيته ابتداء
كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء فانه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين
الاعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع الا
للضرورة المتحققة من الحاجة الى الادامع عدم الماء تكميلا للنينا محمد صلى الله عليه وسلم فذكر
التأويل وعدم تطهيره في نفسه ذكر سبب كونه مشروعا للحاجة المذكورة اذا علمت هذا فقولهم مع
الشافعي انها مطلقة أى تزيل الحدث ويستباح به كل ما يستباح بالماء على الوجه الذي يستباح به لينتنى
به قصر العجة به على فرض واحد لا ينافي قولهم انها ضرورة على ما سمعت فن قال انها مطلقة في
موضع وقال في آخر انها ضرورة لم يكن مناقضا أصلا وقول من ذكر في تقريره انه لا يرفع بيقين حاصله
انه فرق بينه وبين الماء فان الماء يرفعه بيقين وهذا يرفعه نظرا للخلاف في أن الحدث أمر حقيقي أو مجرد
مانعية فعلى الاول لا يرفعه الا الماء وحين قيل به صار محل اجتهاد غير أن الراجح هو الظن والثاني
لما قدمنا في باب التيمم من الحديث والمعنى وهو انه لم يقدر أحد على اثبات ان الحدث وصف حقيقي قائم
بالاعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية وعلى هذا فلا اشكال في ارتفاعه بالتيمم وكون الحدث
يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه اذ قدمنا أن الحدث اعتبار شرعي فله أن يقطع ذلك الاعتبار
الى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء والدليل الملقى الى هذا كون رؤية الماء لا يعقل وجه كونها
نفسا احدا ثم النظر في وجه تعيين كل منهم احدى الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذي عينه فيه
فاما وجه تخصيص محمد فهو انه رأى وجوب الاحتياط في الموضعين فالا احتياط في اقتداء المتوضي
بالتيمم أن لا يصح ولا يعمل هذا الوجه الضرورة فاعتبر لها فيقول لما كانت ضرورة حيث كانت
تنتقض بوجود الماء ولا تثبت الامع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة الى طهارة الماء فيكون الاقتداء
والحالة هذه بناء القوى على الضعيف وفي الرجعة الاحتياط في انقطاعها ولا يعمل الوجه الاطلاق
فاعتبرها هنا وهما لما عكسا الحكم في الموضعين لم يكن من عكس المبني فيم ما يد والباقي بعد هذا
انما هو النظر في الترجيح في الخلافين في الحكم وعندى ان قولهما في الاقتداء أحسن من قول محمد

وقوله (والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) يعني ان ثبوت هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتييم أما قراءة القرآن فلا يركن الصلاة وأما المسجد فلا يركن للصلاة وأما سجدة التلاوة فهي من نواحي القراءة فانه يجوز ان تقرأ في صلاتها آية السجدة ولقائل أن يقول الحاصل من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما تحقق حال أداء الصلاة ولا يكون قبله طهارة يتعلّق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب أن لا تنقطع الرجعة وان صلت مالم تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة والجواب ان الضروري متى ما ثبت بجمبع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند أداء الصلاة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضي المدة ومن (١٦٨) لوازم مضى انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته وأما الجواب عن

جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفى (واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنهم يصبه الماء فان كان عضوا تخافوه لم تنقطع الرجعة وان كان أقل من عضو انقطع) قال المصنف وهذا استحسان اعلم أن محمد لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو خافوه أو هو مادونه وروى انه عند أبي يوسف في العضو خافوه فان القياس أن تنقطع الرجعة لانها غسلت أكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكانها أصاب الماء جميع البدن وفي الاستحسان لا تنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيمادونه فالقياس أن تبقى الرجعة لبقاء الحدث والاستحسان أن تنقطع

والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ لانه قرر حكم جواز الصلاة (واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنهم يصبه الماء فان كان عضوا تخافوه لم تنقطع الرجعة وان كان أقل من عضو انقطع) قال رضى الله تعالى عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الأكثر والقياس فيمادون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ ووجه الاستحسان وهو الفرق ان مادون العضو يتسارع اليه الخفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل

وقول محمد في الرجعة أحسن من قولهما لان الأضعف الكائن في طهارة التيمم لم يظهر قط له أثر في شيء من الاحكام عندنا فعملنا أنه شيء له في نفسه فيجوز زائد ما المتوضى به وتنقطع به الرجعة خصوصاً بالاحتياط في ذلك واجب هذا ولقائل أن يقول ان اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتسام العادة قبل العشرة يرد الدليل وهو قوله تعالى ثلاثة قرونها من غير طهارة فاشترطه لان قضاء العدة يرد النص فان أحجب بان تعين الانقضاء منتف للفرس انه ليس أكثر الحيض واحتمال عود الدم دفع بان هذا الاعتبار الزائد لا يجزئ قطع هذا الاحتمال لافي الواقع ولا شرعا لانها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد ان قلنا انقطع الرجعة فكان الحال موقوفاً على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله ولوراجعها بعد هذا الغسل الذي قلنا انه تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحته رجعت وكذا الكلام في التيمم فليس جواب المسئلة في الحقيقة الا مقيداً هكذا اذا انقطع لأقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها ولم يجاوزها ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة اذ ذلك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل طهر صحته وان عاودها ولم يجاوزها فلا حكم المذكورة بالعكس والله أعلم (قوله والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) إذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاه وكذا الأسس لانه قد يحتاج الى مس المصحف والقراءة في الصلاة لبيان أو غلط أو زيادة اتقان وكذا سجدة التلاوة وركن من الصلاة وقد تجب في الصلاة (قوله وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلاة) قال في المبسوط وهو الصحيح فان فسادها قبل الفراغ محتمل لاحتمال رؤية الماء فيها ولو تيممت وقرأت أو مست المصحف أو دخلت المسجد قال الكرخي تنقطع به الرجعة لان صحة هذه حكم من أحكام الطهارات وقال الرازي لا تنقطع به (قوله وان كان أقل من عضو انقطع) وذلك كنعو الاصبع كذا في المحيط والينابيع وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل (قوله والقياس في العضو الى قوله والقياس فيما ون العضو) الحاصل أن الحكم

لان مادون العضو يتسارع اليه الخفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه والمصنف أشار الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لانها غسلت الأكثر وهو إشارة الى قياس أبي يوسف وبقوله والقياس فيمادون العضو أن لا تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ وهو إشارة الى قول محمد وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله ان مادون العضو يتسارع اليه الخفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيممت بعدم وصول الماء اليه بأن منعت قصد الم تنقطع الرجعة وهذا إشارة الى استحسان محمد وقال (بخلاف العضو الكامل

(قوله والجواب ان الضروري الخ) أقول فيه بحث فانه لو صح ما ذكره لم يستقم قوله في المسئلة الاتية ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فان انقطاع الرجعة هناك لانقضاء العدة ليس الا ويلزمه حل التزوج فليتنامل

لانه لا يتسارع اليه الجفاف) فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة) وهذا الشارة الى استحسان أبي يوسف فانظر حذف المصنف في هذا الادراج اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره جزاء الله عن المحصلين خيرا (وعن أبي يوسف ان ترك المضمة والاستنساخ كترك عضو كامل) والواو بمعنى أولان الحكم في كل واحد (١٦٩) منهما ذلك وهو رواية هشام عنه

وذلك لان حكم الحيض باق لكونه ما يفرض في الجنابة (و) رواية أخرى (عنه) وهو رواية الكرخي عن محمد (هو) أي كل واحد منهما (مغزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافا) فان المضمة والاستنساخ سنتان عند مالك والشافعي وكان الاحتياط في انقطاع الرجعة (بخلاف غيره من الاعضاء) فانه لا خلاف لاحد في فرضيته قال (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه ثم طلقها) وقال لم أجامعها ثم أراد الرجعة) فله ذلك ولا يعتبر بقوله لم أجامعها لانه يظهر الحبل في مدة يتصور ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه (لقوله عليه السلام الوالد للفراس) الحديث (وذلك) أي جعل الحمل منه (دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولاد منه جعل واطئا) لانه لا يتصور بدونه

قال المصنف (مغزلة مادون العضو) أقول يجوز أن يحتمل على تقدير المضاف أي بمغزلة ترك مادون قال

لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن أبي يوسف رجحه الله تعالى ان ترك المضمة والاستنساخ كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد درجة الله تعالى عليه هو بمنزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة) لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الوالد للفراس وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولاد منه جعل واطئا

الثابت في العضو ومادونه استحسانا فالقياس في العضوان تنقطع لان لاكثر حكم الكل وفي بعض العضوان لا تنقطع لانهم لم يخرج الى حكم الطاهرات ولا يخفى تأتي كل من القياسين في كل من العضو ومادونه فيقتضي أن تعارض في كل منهما قياسان قياس أن لاكثر حكم الكل فيوجب انقطاع الرجعة وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها وبني وجه الاستحسان على اعتبار القياس الثاني إذا حصل له اعتبار ظهور عدم اصابة الماء لشيء وعدمه فإذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة وإذا ظهر ثبوت الاصابة انقطعت غير ان ظهور الترك يتحقق في العضو لا في الأقل على ان كون ان لاكثر حكم الكل قياسا ممنوع بل انما يحكم به في مواضع خاصة بخصوص دلائل فيها لانه مطرد شرعا محمد ثم وجه التفصيل المذكور ان مادون العضو يتسارع الجفاف اليه بعد اصابة الماء غير بعدد بتقديره تنقطع الرجعة فحكم بانقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطا ولم يجز لها ان تزوج بأخر حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا في أمر الفروج حتى انم الوتية بنت عدم اصابة الماء بان علمت قصدها الى اخلاء ذلك الموضع عن الاصابة قلنا لا تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل فان احتمال جفافه بعد الاصابة يبعد فيه جدا لان الغفلة عنه من هو بصدد تعميم جميع الاعضاء في غاية البعد فلم يظهر أثره فلم تنقطع (قوله) وعن أبي يوسف ان ترك المضمة والاستنساخ كترك العضو (الواو بمعنى أو) وترك كل بانفاده كترك عضو وعنه وقول محمد كترك مادون العضو (قوله) لان في فرضيتهما أي في فرضية المضمة والاستنساخ في الغسل اختلافا فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة وعلى تقدير السنة تنقطع فقطعناها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا ولبقى أحد المخبرين لم تنقطع الرجعة (قوله) ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه) قبل الطلاق ثم طلقها (وقال لم أجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور ان يكون منه بان تأتي به لسته أشهر فصاعد من يوم التزويج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الوالد للفراس) وإذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئا وبطل زعمه في عدم الوطء المستلزم لاقراءه بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع اياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة مادامت في العدة وهذا لعدم تعلق حق أحد بسبب اقراره بذلك بخلاف ما لو أقر بعين في يد غيره لانسان ثم اشتراها ثم استحققت فأخذت منه قبل أن يقضى بها للقرلة ثم وصلت الى يده بسبب من الأسباب حيث يؤمر بتسليمها للقرلة وان كان مكذبا شرعا بالحكم للتحقق ثم يصح الرجوع له وبخلاف ما لو قال في عبد انسان انه حر الاصل أو اعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصدقه الشراء وبجريمة العبد مع أن الحكم بصدقه الشراء فرع تكذيبه فالخاصل أن تكذيب الشرع اقراره بما يستلزم بطلان حق له تكذيب في اللازم فينتفيان وإذا اتقى عدم الوطء والرجعة ثبت وجودهما فعاد حقه في الرجعة بخلاف اقراره بما ثبت به حق الغير فان تكذيب الشرع يقصره على حق نفسه

(٢٣ - فتح القدير ثالث)

المصنف (لان في فرضيته اختلافا) أقول أي فرضية غسله في الغسل ان أربع

ثمير هو الى انهم والاتف وان أربع الى المضمة والاستنساخ فلا حاجة بنا الى تقدير المضاف بل في قوله بمغزلة مادون العضو أي غسل مادون العضو وان أربع الى الترك أي ترك المضمة والاستنساخ فالمقدر هو الترك

(وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك منّا كد يعقب الرجعة ويبطل زعمه) أنه لم يجامعها (بتكذيب الشارع) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن النسب يثبت دلالة وقوله لم أجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثاني أنه أقر بقوله لم أجامعها بسقوط حق مستحق له وتكذيب الشارع لا يرده كالأقر بهين لأنسان ثم اشتراطهم استحقت من يده ثم وصلت إليه أمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذباً شرعاً وأجيب عن الأول بأن الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بأنه لم يتعلق (١٧٠) ههنا بأقره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه

الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فإن المانع ثم موجود وهو يتعلق حق الغرماء به وقوله (الآثرى) توضيح لقوله والطلاق في ملك منّا كد يعقب الرجعة وبيان الأولوية أن الإحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطء (فلان يثبت به الرجعة) التي ليست فيها جهة العقوبة (أولى) وقوله (وتأويل مسألة الولادة) ظاهر (فإن خلاها وأغلق باباً وأرخصي ستر) على رواية كتاب الطلاق بكلمة أو وعلى رواية الجامع الصغير وأرخصي ستر بالواو والاول أصح (ثم قال لم أجامعها ثم طلقها ملك الرجعة لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه) فإن قيل قد صار مكذباً شرعاً لوجب كمال المهر ولا يجب المهر كاملاً إذا كان الطلاق بعد الدخول أجاب بقوله

وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك منّا كد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشارع الآثرى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان فلان ثبت به الرجعة أولى وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق لأنها ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تنصور الرجعة قال (فإن خلاها وأغلق باباً وأرخصي ستر) أو قال لم أجامعها ثم طلقها ملك الرجعة) لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصرم مكذباً شرعاً بخلاف المهر لأن تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لأعلى القبض بخلاف الفصل الأول

فيسبق لازم المرتفع بالتكذيب كالم يكذب قلنا كذب في إقراره بالحسرية وثبت الحكم بها وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم المستحق فإن قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وإن كان لزوماً شرعياً لأن تخلفه يبطل اعتبار الشرع إياه لازماً وقد فرض اعتباره لازماً فالجواب أن الامتناع في اللازم العقلي أما الشرعي فقد يحكم الشرع بالزوم على تقدير مقتصر الملازمة عليه وهنا كذلك فإنه حين أقر بالعين لفلان ثبت أن فلاناً أحق به من غيره فإذا كذب الشرع بالقضاء به للمستحق في إقراره بأنه لفلان ثبت أنه ليس لفلان بالنسبة إلى المستحق فقط وأنه بالنسبة إلى المقر فثبت لزوم على هذا الوجه (قوله الآثرى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان) أي الوطء ما الذي يثبت بتكذيب الشرع إياه والإحصان له مدخل في إيجاب العقوبة فلان ثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة أولى (قوله وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق) أي في مدة فصلان تلد لسته أشهر فصاعداً من يوم النكاح كما قدمنا (قوله وأغلق باباً) المناسب وأغلق باباً كما فصل في أرخصي لا بالواو لأن كلامهما تفصيل للخلوة لاستقلالها بآبائها لا بآبائها لها (قوله لأن تأكد الملك بالوطء) إذ بعدمه تبين بالطلاق لا إلى عدة وشرط الرجعة العدة وقد أقر به دمه فصار مبطل لاحق نفسه من الرجعة (قوله ولم يصرم مكذباً شرعاً الخ) جواب عما قد يقال أنه هنا أيضاً صار مكذباً شرعاً حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعاً إنزاله واطئاً شرعاً فنع كونه بناء على ذلك شرعاً أو على ما يستلزمه بل هو بناء على علم تسليم المبدل وهو يضعها بالخلية التي هي وسعها ولو توقف لزوم كمال المهر على غير ذلك مما ليس هو فعملها تنصرت فلم يكن مكذباً شرعاً وتجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه أو كذبها والعدة محتاط في آياتها لأن انقضاءها يستلزم حلها للزواج فهي حق الشرع فلا يصدّقان في إبطالها فتصير العدة طاعة شرعاً ولا رجعة عليها فلم تقم الخلوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك وقول امام الحرمين أن العدة تستدعي سبياً في الشغل مردود بالآيسة والصغيرة ولو قال جامعها كان له الرجعة وإن كذبته المرأة في الوطء (قوله بخلاف الفصل الأول) يتصل بقوله لم يصرم مكذباً شرعاً وعنى به ثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم أجامعها حيث جعله واطئاً حكماً لأن الرجعة تنبني على الدخول وقد ثبت ثبوت النسب لانه

(ولم يصرم مكذباً شرعاً لأن تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لأعلى القبض) ومعناه أنما يصير

مكذباً شرعاً لو كان كمال المهر مستلزماً للقبض وهو الوطء وليس كذلك وإنما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة إذا التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه وبقدر المسلم اليه على أن يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب (بخلاف الفصل الأول) لأن الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب

(قوله والصريح يفوق الدلالة) أقول الدلالة إذا علمت علمها لا يعارضها الصريح فضلاً عن أن يكون فوقها وما نحن فيه كذلك

(فان راجعها بعد ما خلاها او قال لم اجمعها) يعني وان كل لا يملكها (ثم جاءت بولداً اقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) أي الرجعة السابقة (لان النسب ثابت من عدم الاقرار منها بانقضاء العدة) ولا احتمال المدة (فان الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فأنزل واطنا قبل الطلاق دون ما بعده) لان فيما بعده يكون الوطء حراماً (١٧١) لزوال الملك بنفس الطلاق يعني

الا الى عدة لان الفرض عدم الوطء قبله لانه أنكره بعد خلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة قال (فان قال لها اذا ولدت فأنت طالق) ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ولداً ثم ولدت ولداً فاما أن يكون بين الولدين ستة أشهر

أولاً فان كان الثاني فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولادة الاولى وانقضت العدة بالولادة الثانية وما ثم دليل على انه ووطئها بعد الولد الاول فلا يثبت به الرجعة وان كان الاول وهو المذكور في الكتاب فهي رجعة لان الولادة الثانية رجعة ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله (وان كان أكثر من سنتين) ان الوصل أي لما كان بين الولدين ستة أشهر لا تفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية في أقل من سنتين وبين أن تكون أكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى

(فان راجعها) معناه بعد ما خلاها او قال لم اجمعها (ثم جاءت بولداً اقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) لانه ثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فأنزل واطنا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني زوال الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيصير موطوءة والمسلم لا يفعل الحرام (فان قال لها اذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أنت بولداً آخر فهي رجعة) معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وان كان أكثر من سنتين اذ لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليه بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مرجعاً (وان قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث) لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مرجعاً لما بيناه من جعل العلوق بوطء حادث في العدة ووقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة بالولد الثالث صار مرجعاً لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقوع الطلاق

لانسب بلاماء فتثبت (قوله) معناه بعد ما خلاها او قال لم اجمعها) أي ثم طلقها ثم راجعها لانصح الرجعة لا اعترافه بعدم الوطء فلو جاءت بعده هذه الرجعة بولداً اقل من سنتين من وقت الطلاق صحت أي ظهر صحتها (قوله) لان على اعتبار الثاني) وهو انزاله واطنا بعد الطلاق وحينئذ فالصلف في العبارة أن يقول لان على الاعتبار الثاني يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على زعمه في عدم الوطء اذ المؤدى على عبارته هكذا على اعتبار انزاله واطنا بعد الطلاق بزوال الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم وتحصيل المقصود من هذه بتكليف بعد توهم خطئها (قوله) والمسلم لا يفعل الحرام) فان قيل والظاهر منه أيضاً أنه لا يكذب فالجواب لا بد من أحد الاعتبارين وعلى الاول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم الزنا وهو أعظم من مثل هذه الكذبة (قوله) وهو أن يكون بعد ستة أشهر وان كان أكثر من سنتين) ان فيه للوصل فافاد ان قوله بعد ستة أشهر معناه أي فصاعداً أقل من سنتين أو أكثر وان كان عشرين سنين لم تقر بانقضاء العدة لان الثاني يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لان امتداد الطهر لا غاية له الا الایاس وبه يصير مرجعاً بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقاً رجعيّاً ولدت لأقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وفي أكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الاول دون الثاني فان هذا الاحتمال سقط هنا لانها اذا كانت من بطنين كان الثاني من وطء حادث البتة بخلاف ما اذا كان بينهما أقل من ستة أشهر فانه ما حينئذ من بطن واحد اذ لم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطء على حدته بعد الطلاق الواقع بولادة الاول فلم تثبت الرجعة لانها بالوطء الكائن بعد الطلاق (قوله) وان قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة) وهو ان يكون بين كل ولدين ستة أشهر فان كان أقل فلهما أو مان فمقع طلقتان بالاولين لا غير اذ بالثالث تنقضي العدة ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن تقع طليقة واحدة بالاول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء ولو كان الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالاول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شيء واذا كانوا في بطون فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع

علوق حادث لا محالة وهو بالوطء بعد الطلاق وكان رجعة (وان قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق) على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الخ

(قوله) وان كان لا يملكها ثم جاءت بولداً اقل من سنتين) أقول أي لا يملك الرجعة

وقوله (والمطلقة الرجعية تشوف وتترين) التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء حلوته ودينار مشوف أي مجلوه وهو أن تجلوه المرأة وجهها وتصل خديها وقوله (إذا النكاح قائم بينهما) يدل عليه أن التوارث قائم بينهما وكذلك جميع أحكام النكاح قائم وهذا لو قال كل امرأ على طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فإن قيل لو كان النكاح قائما بينهما لما جاز أن يسافر بها كالتى في نكاحه وليس كذلك على ما ذكره أجيب بأنه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن فإنه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك (١٧٣) أمر أى لعله يبدوله فراجعها والمسافرة بها إخراج من البيت فيكون منها عتيا

فإن قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة أجيب بان الإخراج منهى عنه والرجعة مندوب اليها وهما متساويان وقوله (ولأن تراخي عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة به قبل الرجعة وتفريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق والحاجة الزوج الى المراجعة ولا حاجة له اليها فلاتراخي امان التراخي كذلك فقد علم بما تقدم وأما عدم حاجته اليها فلأنه إذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر أنه لا حاجة له اليها وفيه نظر لأن كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز إذا انقضت المدة ولم يراجعها وأما إذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه وأجيب بأنه إنما يرد أن لو كان المراد بالمدة العدة وأما إذا أريد بهامدة الإقامة فلا يرد وفيه نظر لأن عمل المبطل أخرأى انقضاء العدة بالاجماع دون مدة الإقامة

(والمطلقة الرجعية تشوف وتترين) لأنها دلالة للزوج إذا النكاح قائم بينهما ما أم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا (ويحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه) معناه إذا لم يكن من قصده المراجعة لأنها بما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعها ثم يطأها فتطول العدة عليها (وأيضا له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها) وقال زفر رجعة الله تعالى عليه له ذلك لقيام النكاح ولهذا أنه يغشاها عندنا ولذا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولأن تراخي عمل المبطل لحاجة الى المراجعة فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة له فبين أن المبطل عمل ٤- له من وقت وجوده ولهذا تحتسب الأقراء من العدة فلم يملك الزوج الإخراج الآن يشهد على رجعتها قبطل العدة ويقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها الطلاق لو جرد شرطه ودخلت في العدة وبالولد الثاني صار مراجعها لما بينا أن العلق بوطه حادث في العدة فيصير به مراجعها وقوله وبالثاني صار مراجعها معناه ظهر به الرجعة سابقا ثم يقع بالثاني طلاقا ثانية لأن الثمين بكما المقتضية للتكرار ودخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ما ذكرنا ونقع المائنة بولادته ولا يلزم الحكم بالوطء في النفاس وهو محرم لأن النفاس لا يلزمه كمية خاصة فجاز أن يكون غير عمد وجاز أن لا ترى شيئا أصلا على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء (قوله تشوف) التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشيء حلوته ودينار مشوف أي مجلوه وهو أن تجلوه وجهها وتصل خديها وقوله (إذا النكاح قائم بينهما) وكذلك جميع أحكامه من التوارث ولو قال كل امرأ على طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فأنما يحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس وهو قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أى يبدوله أن يراجعها ولحرمتها بهذا النص لم تجعل رجعة لأن الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام قيل ولادلالته لأن الكلام فبين بصره بعدم رجعتها وأورد عليه أن التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وإن نادى على نفسه بعدم الرجعة وجوابه الفرق بالحلل والحرم كما قلنا وكما لا يحل لها السفر لا يحل الخروج بها الى مادونه لأن الحرمة ليست منوطه بالنسبة فربل بالخروج وكما يكره السفر بها تكرر الخلوقة إذ قد ينظر نظرا يصير به مراجعها وهو لا يرد الرجعة فيطلقها أخرى فيؤدي الى تطويل العدة عليها وذلك حرام وقال السرخسي إنما تكرر الخلوقة إذا لم يأمن غشيانها إذا يصير مراجعها لغيرها فهو مكره ومقتضى هذا أنه إذا أمن لا يكره وإن كراهة الخلوقة حينئذ تزيهية ولم يلتفت شمس الأئمة الى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعها كأنه بعده جدا حيث كان إنما هو النظر الى داخل الفرج وقيل أن يقع مع الخلوقة حتى أن الانسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنين لا يقع له هذا النظر إلا إن تعمده قصد حالة الجماع لكن الوجه الذي ذكره المصنف وهو قوله لأن تراخي عمل المبطل يعني الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجة أى الحاجة الزوج الى المراجعة

ولعل الصواب أن عدم جواز المسافرة أيضا ثبت بالتبيين كعمل المبطل وإذا ظهر عدم الحاجة تبين أن المبطل عمل فإذا عمل من وقت وجوده ولهذا تحتسب الأقراء من العدة ولو كان عمل المبطل مقتصر على انقضاء العدة لما احتسب الأقراء الماضية من العدة كالم تحتسب في قوله إذا حضت فأنت طالق فإن تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لأنه شرط وقوع الطلاق وإذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبسوطة فقد راجع لم يرد الرجعة فكأنما أنه لا يملك إخراج المبسوطة الى السفر فكذلك لا يملك إخراج المطلقة الرجعية الآن يشهد على رجعتها قبطل العدة ويقرر ملك النكاح

وقوله (على ما قدمنا) يعني في أوائل الباب حيث قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين وإن لم يشهد صحت الرجعة (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لأن حل الوطء بالزوجة والزوجة زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق وإنسان الزوجية قائمه ولهذا علك من راجعته من غير رضاها) بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت أجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لأن حق الرجعة يثبت بنظر الزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى أى ثبوته نظرا له بوجوب استبداده به أى بالرجعة بتأويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لا ترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة بوجوب استبداد الزوج بالرجعة (واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء) (١٧٣) اذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس

ينافي أن تكون الرجعة انشاء لان الزوج لا يستبد به والاستدامة لا تتحقق الا في القائم وكانت الزوجية قائمة وقوله (والقاطع) جواب عن قوله لوجود القاطع ومعناه ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لانه آخر عمله الى مدة اجماعا ونظرا له على ما تقدم يعني قوله يثبت لزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيارا آخر عمل البيع في الزوم الى مدة نظرا الى له الخيار

فصل فيما نحل به المطلقة

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة (واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد

معناه الاستحباب على ما قدمناه (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انهم اقاموا حتى علك من راجعته من غير رضاها لان حق الرجعة يثبت بنظر الزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى بوجوب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع آخر عمله الى مدة اجماعا أو نظرا له على ما تقدم والله أعلم بالصواب

فصل فيما نحل به المطلقة (واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها) لان حل الحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله

فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة أى العدة ظهر انه لا حاجة الى الرجعة فتبين ان المبطل عمل الابانة من وقت وجوده وان مسافرة بها كانت بأجنبية كما يقتضى قصر كراهة المسافرة على تقدير ما اذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك يقتضى حرمة الخلوة بها ان لم يكن قصده الرجعة ويقتضى أنه لو راجعها ظهرت حاجته وان المبطل لم يعمل أصلا فينبين ان الخلوة والمسافرة لم يكونا بأجنبية والدليل على أن عمله من وقت وجوده احتساب الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضائها لم تحتسب واحتج الى عدة مستأنفة والاوجه تحریم السفر مطلقا لطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ظهور ان الخلوة بأجنبية غير رضا اذ حالة تحققها كانت زوجة يباح معها شرعا ما يباح من الزوجة (قوله وذلك) يعني استبداده به (يؤذن بكونه استدامة لا انشاء والدليل ينافيه) أى دليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه أى ينافي الانشاء لانه لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج الى رضا المرأة وانها والشهود والولى عند من بوجبه احتياطا ومما يدل على بقاء الزوجية في الرجعي من كل وجه ما قدمنا في أول الباب من النصوص فارجع اليه (قوله والقاطع الخ) جواب عن قول الشافعي الزوجية زائلة لوجود القاطع فلنا انهم وجدوا لكن آخره اجماعا لان الاجماع على أن الرجعة تثبت بلارضاها فيبدأ عمله وهو القطع مؤخر أو نقول تأخر عمله نظرا للزوج على ما تقدم من ان حق الرجعة يثبت بنظره والله سبحانه أعلم

فصل فيما نحل به المطلقة لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره (قوله لان حل الحلية) تركب غير صحيح والصحيح أن يقال لان حل المحل باق أولان الحلية باقية وهذا لان الحلية هى كون الشيء محلا ولا معنى لتسبة المحل اليها اذ لا معنى يحل كونها محلا (قوله لان زواله) مرجع الضمير

انقضائها لان حل الحلية) وهو كونها آدمية ليست من المحرمات (باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة) لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له على ما ذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله وريبان الشرط بوجوب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا والجواب انه معدوم بعدمه الاصل اذ العلة لم تصر علة بعد واذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل

فصل فيما نحل به المطلقة قال المصنف (فينعدم قبله) أقول وتذكر الضمير الراجع الى المطلقة لتأويله بالطلاق

أجاب بقوله ومنع الغير في العدة (١٧٤) لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع

اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه أي في تجوز نكاح معتدته اذا لاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحیضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة وأجيب بأن ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لافي كل فرد لا بيان العلة لوجود الاختلاف فيما ذكر من الصور وأقول كما ذكرنا اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق وأمانه ملازم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس يلزم لجواز أن يكون ثمة مانع آخر وهو وجه التعبد (وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامه لم تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمراد بقوله تعالى فان طلقها الطلقة الثالثة عند أكثر أهل التأويل (والثنتان في الامه كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف

ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه (وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامه لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها) والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالمراد بالطلقة الثالثة والثنتان في حق الامه كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف

الحل وضهير في عدم لزوال (قوله ومنع الغير) جواب عن مقدار المتبادر من العبارة ان يقال ما فرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج لا لغيره فأجاب بلزوم اشتباه النسب في الاجبي دون الزوج وهو سهل وقد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة وحاصل هذا استشكل الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص يمنع الاول طلب الفرق قلنا عموم في ضمير تعزموا وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم تخصيصه من العموم الاول وحكمة شرعية العدة في الاصل ان لا يشبه النسب (ولا اشتباه في اطلاقه) أي اطلاق صاحب العدة عن ذلك المنع لان الماء مأوؤه فلذلك جاز الاجماع على اطلاقه وأطلق وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص أعني الاجماع لان الصغيرة والآيسة لا اشتباه في حقهما مع عدم اطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من اطلاقه وعدم المانع لا يعمل به لكن المعنى انه لم يجمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع وبسطه أن العدة بعللة الحاجة الى دفع الاشتباه فوجود الحاجة الى الدفع مقتضى لنبوت العدة المانعة من التزوج ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها الا أنه وجد مقتضى العدم لان العلة لا تؤثر في العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم أعني وجود العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى واللاتي يشن من الحميض من نساءكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن اما بعللة أخرى اما أن يكون اظهار الخطر المحل اذا تأملت حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة يعز على الراغب بخلاف ما لو أطلق مطلقا كما أظهر خطره مرة أخرى باستراط جمع الناس يشهدوه أو لم يطلع عليها وهي فيهما تعبد محض ولم يمكن اخراجهما من حكم العدة مع النص عليهما وفي غيرهما معلل بما قلنا فليست العدة مطلقا تعبدية (قوله وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامه لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره الخ) لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها أو غير مدخول بها الصريح اطلاق النص وقد وقع في بعض الكتب ان في غير المدخول بها تحل بل لا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل للمسلم رآه ان ينقله فضلا عن ان يعتبره لان في نقله اشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الامر فيه ولا يخفى ان مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والاجماع نعوذ بالله من الزيغ والضلال ومما صرح فيه بعدم الفرق مختارات النوازل والامر فيه من ضروريات الدين لا يعدا كفار مخالفة (قوله والمراد) أي المراد بقوله تعالى فان طلقها (الطلقة الثالثة) لانه ذكرها عقب الطلقتين في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها أي الثالثة هذا قول الجمهور وذهب طائفة الى ان الثالثة هي قوله أو تسريحا بحسان فان أبا رزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت الطلقتين في القرآن فأين الثالثة فقال في قوله أو تسريحا بحسان كذا في الميسر وكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة انه وقع بلفظ التسريح أو بقوله تعالى فان طلقها الا يمكن الخلاف في أن المراد بقوله فان طلقها الثالثة لانه عقبها بقوله فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق ان المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار فان الثاني ذكر شرط الاعطاء حكم الثالثة والاول ذكر لبيان ابتداء شرعية الثالثة وحاصله أن يقال شرعها

(قوله أجب بقوله ومنع الغير في العدة الى قوله اذا لاشتباه انما يكون الخ) أقول هذا أيضا من قبيل التعليل في مقابلة ثلاثا النص والاولى أن يقال خص منه المطلق بالاجماع قال المصنف (وان كان الطلاق ثلاثا) أقول لم يقل ثلاثة لتأويل الطلاق بالطلقات

لحل المحلية (لكونه نعمة والعقد الواحدة لا تنجز أفكملت على ما عرف وانما يجب أن يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حيث لم يقيد بجمعة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول (والزوجية المطلقة) أي الكاملة (انما تثبت بنكاح صحيح) ولا يما يشترط الدخول بها إما بإشارة الكتاب على ما ذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو أن يحمل النكاح في قوله تعالى حتى تنكح على الوطء جملة الكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استنفيد باطلاق اسم الزوج في قوله زوجا غيره فلو قلنا النكاح على العقد كان ذلك تأكيداً كيداً والتأسيس أولى من التأكيد وإما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي طلق امرأته في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي ثيمية وقيل عائشة بنت عبد الرحمن (١٧٥) بن عتيك فزوجه بعد عبد الرحمن

ابن الزبير القرظي ثم طلقها فأنت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاق وانى نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي وانما معه مثل الهدية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلي تريد أن ترجعني الى رفاعة لا حتى تذوق عسيليته ويذوق عسيلتك وقد روي بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كاذ كفي الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كإرويت وهو المذكور في كتب الاصول وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ بإطلاقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب نعمة

قال المصنف (والزوجية المطلقة) أقول جعل الاطلاق قيداً للزوج دون النكاح ليشتمل على كلا وجهي شرط الدخول

لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقاً والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت بإشارة النص وهو أن يحمل النكاح على الوطء جملة الكلام على الافادة دون الاعادة اذا العقد استنفيد باطلاق اسم الزوج أو يراعى على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الاخر روي بروايات

ثلاثة ناورتب على الثالثة حكوا بين ذلك بقوله الطلاق مرتان وبعدهما اما المسألة معروفة أو تسريج بثالثة باحسان فان طلقها الثالثة اختياراً لاحد الامر من الخائزين له فحكمه ان لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فتحصل ان كليهما راد به الثالثة (قوله حل المحلية) فيه ما سبق (قوله ثم الغاية) أي غايته عدم الحل الثابت بقوله تعالى فلا تحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهي أمه ثم ملكها أو ثلاثاً بالحرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لا يحل له وطؤها تلك الميم حتى يزوجه فبذلك يدخل بها الزوج ثم يطلقها (قوله والزوجية) مطلقاً وكذا الزوج مطلقاً انما تثبت بنكاح صحيح لان المطلق ينصرف الى الكامل أولاً له المتبادر عند اطلاقه خصوصاً اذا كان مضافاً الى المستقبل دون النكاح الفاسد بخلافه مضافاً الى الماضي لان المراد في الاول التحصن والاعفاف وهو لا يحصل الا بالصحيح وفي الثاني صدق الاخبار وهو يحصل بالزوج فاسداً ولذا اختلف في عيئه لم يتزوج بالفاسد لا في حلفه لا يتزوج (قوله وشرط الدخول ثبت بإشارة النص الخ) ولا يخفى ان على تقدير حمله على الوطء انما تثبت بعبارة النص لانه مقصود بالسوق (قوله جملة الكلام على الافادة دون الاعادة) يعني ان الاعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح على العقد لان اسم الزوج يتضمن اعادته دلالة عليه عليه التزاماً بخلاف ما اذا حملناه على الوطء وان كان حينئذ مجازاً بالنسبة الى المرأة اذ هو حال نسبته اليها راد به التمكن من حقيقة لاحقيقته فان المجاز في الكلام أكثر من الاعادة هذا الوجه على العموم ووجه آخر على رأينا وهو ان حمله على العقد مجاز في النكاح في العقد مجاز فان حقيقته الوطء والزواج في الاجنبي مجاز باعتبار الاول وعلى الوطء مجاز واحد وهو النكاح في التمكن والزواج حينئذ حقيقة (قوله أو يراعى على النص بالحديث المشهور) هذا انما يتصور اذا أريد بلفظ تنكح في النص العقد لا على ارادة الوطء فيه (قوله يروي بروايات) روي الجماعة من حديث عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثاً فزوجه زوجاً غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن واقعها أتحمّل لزوجها الاول قال لا حتى يذوق الاخر من عسيلتها ماذا الاول وروي الجماعة الا بأدود عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فأبت طلاقاً فزوجه بعد عبد الرحمن

فليأمل قال المصنف (وهو أن يحمل النكاح على الوطء جملة الكلام على الافادة) أقول قال الزيلعي هكذا ذكر الاصحاب وفيه نظر فان النكاح المنسوب الى المرأة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطء لاستحالة منه ما يمكن أن يقال يجوز نسبته اليها مجازاً كما يقال زانية مجازاً بالتمكن منه وهذا أقرب من حمله على العقد لان في حمله على العقد مجازين أحدهما ان النكاح حقيقة للوطء ومجاز للعقد وفيه حمله عليه والثاني ان فيه تسمية الاجنبي زوجاً باعتبار ما سئل اليه وفيه حل اللفظ على الاعادة أيضاً وفي حمله على الوطء مجاز واحد ونسبة الوطء اليها فكان أولى انتهى وفيه بحث لان التمكن من الوطء لا يوجب الوطء ولا يلزمه الآن يقال المراد بالتمكن المقارن بالفعل وفيه ما فيه ولا يبعد ان يقال قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره من قبيل عيشة راضية على الاسناد المجازي

ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط
الابلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد (والصبي المراهق في التحليل كالبالغ)
لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رحمه الله يخالف فيه والحجة عليه ما بيناه

(ولا خلاف لاحد فيه)
أى فى اشتراط الدخول
سوى سعيد بن المسيب
وقيل هو قول بشر المريسي
وقوله (غير معتبر) لانه يخالف
الحديث المشهور ولهذا
(إذا قضى القاضي به) أى بقول
سعيد بن المسيب (لا ينفذ
والشرط الابلاج دون
الانزال لان الانزال كمال
ومبالغة فيه) أى فى الدخول
والكمال قيد لا يثبت إلا
بدليل ولا دليل عليه بل
الدليل يدل على عدمه لانه
ذكر العسيلة وهى تصغير
العسيلة وهى كناية عن
إصابة خلوة الجماع وهى
تحصل بالابلاج وكان
التصغير دالا على عدم
الشبع بالانزال (ومالك
يخالف فيه) أى فى اشتراط
الابلاج دون الانزال
ويشترط الانزال وهو انما
ينحقق من البالغ فلا يكون
الصبي المراهق كالبالغ فى
إفادة التحليل (والحجة عليه
ما بيناه) ان الانزال كمال
ومبالغة فيه وهو قيد
لادليل عليه

ابن الزبير بفتح الزاى لا غير وانما معه مثل هبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال
أتريدون أن ترجعوا إلى رفاة لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك وفى لفظ فى الصحيحين انها كانت
تحت رفاة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفى لفظ البخارى كذبت والله يارسول الله انى لانقضها
نقض الاديم ولكننا نأمر تريد أن ترجع إلى رفاة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان كذلك
لم تحلى له حتى يذوق من عسيلتك قال وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم
بنوك هؤلاء قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا وأنت تزعمين ما تزعمين فوالله لهم أشبه
به من الغراب بالغراب وهو فى الموطأ هكذا أنبأنا مالك عن المسور بن مخرمة بن رفاة القرظى عن
الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاة بن سهال طلق امرأته تسمية بنت وهب ثلاثا فى عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم فسكنها عبد الله بن الزبير فلم يستطع أن يسمها ففارقها فأراد رفاة أن يسكنها
فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا تحلى لك حتى تذوق العسيلة ووقع فى معجم الطبرانى عكس
ما فى الصحيح عن عائشة رضى الله عنها كانت امرأته من قريظة يقال لها تسمية بنت وهب تحت عبد الرحمن
ابن الزبير فطلقها فتزوجها رفاة رجل من بنى قريظة ثم فارقها الحديث وفيه فقال والله يا تسمية
لا ترجعوا إلى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره قال لم يروه عن أبى اسحق الاسلمة أبو الفضل
(قوله ولا خلاف لاحد فيه) أى من أهل السنة أو المراد الخلاف العالى سوى سعيد بن المسيب
فلا يقدح فيه كون بشر المريسي وداود الظاهري والشعبة قائلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد
حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه (قوله لا ينفذ) لخالفته الحديث المشهور قال الصدر الشهيد ومن
أتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين انتهى وهذا لان شرعية ذلك لا غاظة
الزوج حتى لا يسرح فى كثرة الطلاق عومل بما يغض حين عمل أبغض ما يباح (قوله والشرط الابلاج)
بقيد كونه عن قوة نفسه وان كان ملفوظا بخرقه اذا كان يجده حرارة المحل فلأولج الشيخ الكبير
الذى لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة السيد لا يحلها الا ان اتعش وعمل والصغير الذى
لا يجمع مثله أولى لانه لا يجده لذة أصلا بخلاف من فى آله فتور وأولجها فيها حتى التقي الختانان
فانها تحل به وخرج المحبوب الذى لم يبق له شئ يوجب فى محل الحبل أى فى محل الختان فلا يحل
بسمه حتى تحبل وفى المبسوط فى رواية أبى حفص ان كان المحبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت
نسب الولد منه لانه اذا جف ماؤه صار كالصبي أو دونه ودخل الخصى الذى مثله يجمع فيحلها وفى
التجريد لو كان مجبوا لم يحل فان حبلت وولدت حلت للأول عند أبى يوسف خلافا للمحمد وفى الخلاصة
لو كان مسلولا وجامعها حلت عند أبى يوسف خلافا لغيره والحسن ويشترط كونه فى المحل يمين حتى
لو جامعها وهى مفضاة لا تحل ما لم تحبل ولو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها طلقها زوجها ثلاثا فوطئها
هذا الزوج فأفضاها لا يحلها وان كان يوطأ مثلها حلت وان أفضاها (قوله دون الانزال) خلافا
للحسن البصرى لا تحل عنده حتى ينزل الثانى حلالا لعسيلة عليه ومنع بأن تصدق معه ومع
الابلاج وانما هو كمال وفى مسند أحمد انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هى الجماع انتهى فثبت
صدق مسمى الجماع ثبت فيه الا ان فى مسنده ابن عبد الملك المكي مجهول (قوله وهو الشرط بالنص)
فيه نظر اذ لو كان هو الشرط ليس غيره حلت بدخول الصغير الذى لا يجمع مثله لكنها لا تحل له لانه صلى
الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن يملك أيضا وسواء كان حرا أو عبدا

وفيه في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله بجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلهما على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام أن تحررك آتته ويشتهى وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول ماثم او الحاجة الى الايجاب في حقها أما الغسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلفا قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) لان الغاية نكاح الزوج (واذا تزوجها بشرط التحليل فالكساح مكروه) لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله (فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول) لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف انه يفسد النكاح تزوج باذن المولى لا بغير اذنه عاقلا أو مجنوناً اذا كان بجامع مثله مسلماً أو ذمياً في الذميمة حتى يحلها لزوجها المسلم ولو تزوجت عبداً بغير اذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يبطأ بها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يوطأها بعد الاجازة وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفساء والاحرام وان كان حراماً رجل طلق زوجته فاشتري عبداً صغيراً له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج (قوله وفسره) أي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله بجامع وفي المنافع المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي تحررك آتته ويشتهى الجامع وفي فوائد شمس الأئمة انه مقدر بعشر سنين ولا تنس ما أسلفناه في باب الاولياء والا كفاه من اشتراط كون الزوج كفأ على رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله اذا كانت زوجته نفسها منه وهو قول أبي يوسف وهو المختار للفتوى في زماننا وعلى هذا لو تزوجت الحرمة نفسها عبداً لا تحل للاول بدخوله (قوله ووطء المولى لا يحلها) لزوجها الماقد منه من ان غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجاً (قوله بشرط التحليل) أي بأن يقول تزوجتك على أن أحلك له أو تقول هي ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له أمالو نوباه ولم يقلوا فلا عبرة به ويكون الرجل مأجوراً لقصده الاصلاح والحديث المذكور روى من حديث ابن مسعود وعلى وجابر وعقبة بن عامر وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم أجمعين والتخريج عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له وصححه الترمذي وحديث عقبة هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أخبركم بالنيس المستعار قالوا بلى يا رسول الله قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذي في عله الكبرى عن الليث بن سعد ما أراه سمع من مشرح ابن عاهان ولا روى عنه ودفع بأن قوله في الاسناد قال لي أبو مصعب مشرح بذلك ورواه الدارقطني معناه عن أبي صالح كاتب الليث عن الليث به وذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني والافا الحديث صحيح عند ابن ماجه لان شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط وأبوه عثمان بن صالح المصري ثقة أخرج له البخاري ومشرح وثقه ابن القطان ونقل عن ابن معين أنه وثقه والعلامة التي ذكرها ابن أبي حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره قال الزيلعي في التخريج المصنف استدلل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد لكن يقال للمساواة محلا لدل على صحة النكاح لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسداً للمساواة محلا لانتهى وظاهره انه اعترض ثم جوابه أما الاعتراض فنسؤه عدم معرفة اصطلاح أصحابنا وذلك انه لم يطلقوا اسم الحرام الا على منع ثبت بقطعي فاذا ثبت بظني سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب وأما الجواب فكلما فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك وقد يحكم بالصحة مع لزوم الاثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصاً على ما يعطى كلامه من تسمية المنع الثابت بظني حراماً (قوله وهذا) أي المحلل الشارط هو محمل الحديث لان

وفيه في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله بجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلهما على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام أن تحررك آتته ويشتهى وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول ماثم او الحاجة الى الايجاب في حقها أما الغسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلفا قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) لان الغاية نكاح الزوج (واذا تزوجها بشرط التحليل فالكساح مكروه) لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله (فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول) لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف انه يفسد النكاح

تزوج باذن المولى لا بغير اذنه عاقلاً أو مجنوناً اذا كان بجامع مثله مسلماً أو ذمياً في الذميمة حتى يحلها لزوجها المسلم ولو تزوجت عبداً بغير اذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يبطأ بها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يوطأها بعد الاجازة وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفساء والاحرام وان كان حراماً رجل طلق زوجته فاشتري عبداً صغيراً له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج (قوله وفسره) أي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله بجامع وفي المنافع المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي تحررك آتته ويشتهى الجامع وفي فوائد شمس الأئمة انه مقدر بعشر سنين ولا تنس ما أسلفناه في باب الاولياء والا كفاه من اشتراط كون الزوج كفأ على رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله اذا كانت زوجته نفسها منه وهو قول أبي يوسف وهو المختار للفتوى في زماننا وعلى هذا لو تزوجت الحرمة نفسها عبداً لا تحل للاول بدخوله (قوله ووطء المولى لا يحلها) لزوجها الماقد منه من ان غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجاً (قوله بشرط التحليل) أي بأن يقول تزوجتك على أن أحلك له أو تقول هي ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له أمالو نوباه ولم يقلوا فلا عبرة به ويكون الرجل مأجوراً لقصده الاصلاح والحديث المذكور روى من حديث ابن مسعود وعلى وجابر وعقبة بن عامر وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم أجمعين والتخريج عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له وصححه الترمذي وحديث عقبة هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أخبركم بالنيس المستعار قالوا بلى يا رسول الله قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذي في عله الكبرى عن الليث بن سعد ما أراه سمع من مشرح ابن عاهان ولا روى عنه ودفع بأن قوله في الاسناد قال لي أبو مصعب مشرح بذلك ورواه الدارقطني معناه عن أبي صالح كاتب الليث عن الليث به وذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني والافا الحديث صحيح عند ابن ماجه لان شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط وأبوه عثمان بن صالح المصري ثقة أخرج له البخاري ومشرح وثقه ابن القطان ونقل عن ابن معين أنه وثقه والعلامة التي ذكرها ابن أبي حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره قال الزيلعي في التخريج المصنف استدلل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد لكن يقال للمساواة محلا لدل على صحة النكاح لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسداً للمساواة محلا لانتهى وظاهره انه اعترض ثم جوابه أما الاعتراض فنسؤه عدم معرفة اصطلاح أصحابنا وذلك انه لم يطلقوا اسم الحرام الا على منع ثبت بقطعي فاذا ثبت بظني سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب وأما الجواب فكلما فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك وقد يحكم بالصحة مع لزوم الاثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصاً على ما يعطى كلامه من تسمية المنع الثابت بظني حراماً (قوله وهذا) أي المحلل الشارط هو محمل الحديث لان

التحليل صحة النكاح كما تقدم (وعن محمد أنه يصح النكاح لما بيننا) ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (ولا يحلها على الأول لأنه استجمل ما أخره الشرع) لان النكاح عقد العرف يقتضي الحل على الأول بعدموت الثاني فبشرط التحليل يصير مستجلا للحل (فيجوزى بغير مقصوده كما في قتل المورث) وذكر في روضة الزندويستي ان أبا حنيفة قال النكاح جائز والشرط جائز حتى إذا لم يطلقها الثاني بعد دوطئه أياها يجبره القاضي على ذلك ونحل للزوج الأول إذا طلقها الثاني برأيه أو بأمر القاضي أياه قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب (وأنا طلق امرأته الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني التطليقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث) يعني انه يجعل ذلك الباقي من الملك الأول كان لم يكن ولا تحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلاثا جعلا أو فرادى (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر

لأنه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الأول لفساده وعن محمد أنه يصح النكاح لما بيننا ولا يحلها على الأول لأنه استجمل ما أخره الشرع فيجوزى بغير مقصوده كما في قتل المورث (وأنا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهما الله

عمومه وهو الحال مطلقا غير مراد اجتماعا ولا اشمل المستزوج تزويج رغبة (قوله لأنه في معنى الموقت) والموقت في معنى المنعة أو هو المنعة على ما حققناه فيفسد فلا يحلها وتسميته محلا للاستلزام الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا أو طابا للحل ولأنه ملعون. وعقد النكاح نعمة ولو كان صحيحا لم يلحق عليه ويؤيده ما في مستدرك الحاكم جابر رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها لآخيه هل تحل للأول قال لا لأنكاح رغبة كذا عند هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصحبه قلنا كونه في معنى الموقت ممنوع اذ تعين نهيته الوطء لا يستلزم تعين وقته لان الوطء قد يكون في ليلة واحدة أو بعد جمعة أشهر فلا توقيت صريح ولا معنى وحقيقة المحلل مثبت الحل لامن قام به مجرد طلبه والاعنة على مباشرته من الوجه الممنوع وقول ابن عمر يرفعه حتى يعارض هذا الحديث وقوله كأنه سفاحا لا يستلزم انهم كانوا لا يحكمون بحلها للأول لصدقه مع ثبوت الحرمة (قوله لأنه استجمل) حاصله ان المفسد وهو التوقيت منتف لأن ليس بتوقيت والغرض وهو حلها به يتخلف لأنه استجمل بطريق محظور كقتل المورث الا ان هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحل كان ثابتا ثم اعترض عدمه مغيبا بنكاح زوج غيره فعند وجود الغاية ينتفي المنع المغيبا فثبت ما كان ثابتا البته فثبت حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للأول البته ومن الحيل إذا خافت ان لا يطلقها المحلل ان تقول زوجتك نفسي على ان امرى بيدي أطلق نفسي كما أريد فإذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الامر بيدها وهذا بناء على ما عليه العامة ان شرط التحليل يبطل ويصح النكاح وذهب بعضهم إلى انه يصح الشرط أيضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه ونقل عن أبي حنيفة رحمه الله في روضة الزندويستي ذلك وهذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية ولا ينبغي أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبوعه قواعد المذهب لأنه لا شك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقد في مثله على قسمين منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الاصل ولا شك ان النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وان لا يجبر على الطلاق نعم يكره الشرط كما تقدم من محمل الحديث ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة وما أورده السروحي من ان الثابت عادة كالثابت نصافي غير محمل كلامهم لأنه لا يلزم من قصد الزوج ذلك ان يكون عاها هو معروف بين الناس متداول انما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشهورا به وهذا قول آخر وهو انه ما جاور وان شرط لقصد الاصلاح وتأويل اللعن عنده هؤلاء إذا شرط الاجر على ذلك هذا ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر كأنه سفاحا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لا يمكن ان يقال ان مقتضى اللفظ ان تعلق اللعن به إذا كثر منه ذلك بأن نصب نفسه لهذا الامر شرط أولا لان المحلل من فعل بتشديد العين وهو التكمير في فعل الفاعل أو المفعول فلما أراد تعليق اللعن به جرة إذا شرط لقال المحلل من أحلها بمرزة التعدية لكن حديث ابن عمر يصرف عن هذا فيكون من نحو قطعت اللحم وان لم يكن فيه تكثير (قوله ويهدم الزوج الثاني الطليقة والطليقتين) يعني إذا كان دخل بها ولولم يدخل لايهدم بالاتفاق وتقييده في صورة المسئلة بالحرمة لوضعها في هدم الطليقة والطليقتين ولا يتحقق في الامة

وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلاث (لانه غاية الحرمة بالنص فيكون منها ولا انتهاء للحرمة قبل الثبوت) ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

(وقال محمد) وزفر والشافعي (لا يهدم) ويبقى الزوج مالم يكا بما بقي من الاول وتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران ابن حصين وأبي هريرة فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة والمشايع من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدلل محمد بأن الزوج الثاني غاية الحرمة بالنص قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان غاية الحرمة فهو منه لها لان الغيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منها للحرمة ولا انتهاء للحرمة قبل ثبوتها وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث (ولهما قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل والمحلل له) ووجه الاستدلال ان أهل الحديث أو ردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني وكان المراد بالمحلل الزوج الثاني

الا يهدم طلاقة واحدة لانه لا يهدم في الامة أصلا (قوله وقال محمد لا يهدم) والمسئلة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه أعرابي فدأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الاول ان يتزوجها على كم هي عنده فالتفت الى ابن عباس وقال ما تقول في هذا قال يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث وأسأل ابن عمر قال فليقتل ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس وروى البيهقي من طريق الشافعي بسنده عن عمر بن حفص قال هي عنده على ما بقي ونحوه عن علي ونقل عن أبي بن كعب وعمران ابن الحصين فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شيان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والترجيح بالوجه (قوله لانه غاية الحرمة) أي لان الزوج غاية الحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له أي مطلقا لا ينكح ولا يملك عينا حتى تنكح زوجا غيره فيكون أي الزوج منها للحرمة ولا انتهاء للحرمة قبل الثبوت أي ثبوتها فاللام بدل الاضافة ولا ثبوت لها الا بعد الثلاث فلا يكون منها قبلها فصار كالمزوجها قبل التزوج أو قبل اصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات قلنا قد علمنا بالنص وجعلناه منها للحرمة في صورة الحرمة الغليظة لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو ان ثبت الحل مطلقا قلنا به وتركتكم أنتم الممل به وهو الحديث المذكور آنفا ووجه الاستدلال انه سماه محلا وحقيقته مثبت الحل كالحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسود ونحو ذلك فان قلت تقدم أنما أن محمل الحديث الشارط للحل لعدم قطعانه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلقا بالنعسة والالتعلق بالمستزوج تزويج رغبة فلا بد من كون متعلقا بالنعسة على ما قالوا شارط الحل فلا يكون فيه دلائل على انه مثبت للحل الجديد شرعا لانه لم يرد بالحلل مثبت الحل بل شارطه قيل لاشك ان الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل فالمعنى حينئذ لعن الله مثبت الحل لاذ شرط الحل فلا يكون شارط الحل مراد باللفظ من التركيب المذكور بل كله مضمرة فيه حينئذ دليل على ان الزوج مثبت الحل وتعلق الاعنة به إذا شرطه وبه يتدفع ما قدمناه ويظهر ان المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث ان محله لعنة الحمل إذا شرطه لان المراد بالحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل لما بينا من انه لا بد من كونه مثبتا له نعم يرد عليه ما قيل انه لما جعل محلا في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها وأجيب بأنه يثبت فيه ابدالته لانه لما كان محلا في الغليظة ففي الخفيفة أولى وأيضا بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجا لان صورة الحرمة الغليظة محل والحل لا يدخل في التعليل لانه لو دخل لانسداد باب القياس لان محمل الاصل غير محمل الفرع وأورد عليه ان ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لان الحل ثابت فيه وتحصيل الحاصل محال أجيب ان لم يقبل المحل أصل الحل يقبل ثبوت وصف الكمال فيه بأن يصير بحيث يملك تحديده بعد الطلقة والطلاقين وما صلح سببا للاصل الشيء صلح سببا لوصفه بالطريق الاولى وفيه نظر اذا غاية ما تحقق من الشارع تسميته محلا ومفهومه لا يزيد على انه مثبت لمجرد الحل وهو حاصل في التنازع فيه وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس منه بل باتفاق الحال وهو انه محل ابتداءه الحل لاستيفاء الزوج ماله من الطلقات قبله وحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلاثا شرعا فظهر ان القول ما قاله محمد وباقي الائمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الاسرار ومسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهاءها ويصعب الخروج منها وقد يستدل

(سماء محللا وهو المثلث للحل) ثم الحل الذي يثبت به ما ان يكون الحل السابق أو حلا جديدا لا يميل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثاني وبضرورة (١٨٠) يكون غير الاول والاوّل حل ناقص وكان الجسد كاملا وهو ما يكون

سماء محللا وهو المثلث للحل (واذا طلقها ثلاثا فقلت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتل ذلك جازلزوج أن يصدقها اذا كان في غالب ظنه أنها صادقة) لانه معاملة أو امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيه ما مقبول وهو غير مستكر اذا كانت المدة تحتله

على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم أتريدن أن تعودى الى رفاة قالت نعم قال لا حتى تذوقى عسيلة فبقاعد العود بالذوق فعنده ينهى عديمه ويثبت هو والعود هو الرجوع الى الحالة الاولى وهى ما علك فيها الزوج ثلاث تطليقات وليس بشئ لصدق حقيقة قبل الزوج الثاني لو قال بعد الطلقة والطلقتين بلا تحتل زوج أتريدن أن تعودى الى فلان صدق حقيقة وان كان العود لا الى ما علك به ثلاثا فالحاصل ان العود الى عين الحالة الاولى محال فالمراد العود الى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل لا تنفاه اشتراط عموم وجه التشبيه (قوله) فقلت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي في النهاية انما ذكر اخبارها هكذا مبسوطا لانها لو قالت حلت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثانى دخل بي ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والاتصدق وفيما ذكرته مبسوطا لاتصدق في كل حال وعن السرخسى لا يحل له أن يتزوجها حتى تستفسرها للاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد وفي التناريق لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ما تزوجت أو ما دخل بي صدقت اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها واستشكل بان اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبى أن لا يقبل منها كقوله قالت بعد التزوج بها كنت محسوبة أو مرتدة أو معتسدة أو منكوحه الغير أو محرما أو كان العقد بغير شهود ذكره في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي ولو قال الزوج لهذا ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كماله ان دخل بها انتهى من فائله ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور قال في الفتاوى في باب الباء لو قالت بعد ما تزوجها الاول ما تزوجت بآخر وقال الزوج الاول تزوجت بزوجة آخر ودخل بك لاتصدق المرأة انتهى ولو قال الزوج الثانى النكاح وقع فاسد الانى جامع أمها ان صدقته المرأة لا تحل للزوج الاول وان كذبته تحل كذا أجاب القاضى الامام ولو قالت دخل بي الثانى والثانى منكرا لمعتبر قولها وكذا على العكس وفي النهاية ولم يعربى لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها ان تزوجتها حل الاول قلت يبنى الامر على غالب ظنها ان كان صادقا عندها فلا تحل له وان كان كاذبا تحل وعن الفضلى لو قالت تزوجني فاني تزوجت غيرك فطلقني وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت الا أن تكون أفرت بدخول الثانى كأنه والله أعلم يحتمل قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي لاعلى انكار ما اعترفت به ولذا قال الا أن تكون أفرت بدخول الثانى فانه لم يقبل قولها فانما حينئذ تكون مناقضة صريحة وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلاث وظن أنه لم يحث فأقبت المرأة بوقوع الثلاث وخافت ان أعلمته بذلك أن ينكر هل لها أن تستحل بعد ما يفارقها بسفر وتأمره اذا حضر بتحديد العقد قال نعم ديانة (قوله) لانها معاملة أنت الضمير وان كان مرجعه وهو النكاح مذكرا لتأنيث خبره وفي غير نسخة لانه على الاصل (وقول الواحد فيه ما مقبول) كالكالات والمضاربات والاذن في التجارات ولذا يقبل قول الامام والعبيدي في الهدية (قوله) وهو غير مستكر اذا كانت المدفحة محتملة) أفاد أن تصديقها اذا

بالطلقات الثلاث فان قيل سلمنا ان المحلل هو المثلث للحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضى ان يكون ذلك في المطلقة ثلاثا لا امرين أحدهما ما ذكره المصنف ان محمله هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلاثا والثاني ان الحل قبل ذلك ثابت فيصرف الى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة فالجواب انا قد ذكرنا قوله وهو محمله معنيين أحدهما ما ذكرته وليس برضى والثاني ان محمله الكراهة لا الفساد وحينئذ يندفع الامر الاول فان المحلل وان كان قبل ذلك ثابت لكن اطلاق المحلل يقتضى ان يكون الزوج الثانى على الاطلاق محلا لفصره الى بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلاثا وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثانى (واذا طلقها ثلاثا فقلت قد انقضت عدتي) على ما ذكره في الكتاب ظاهر

(قوله) فالجواب انا قد

ذكرنا قوله وهو محمله الخ) أقول وكان يمكن له ان يجيب بأن شرط الحل متمش في غير المطلقة ثلاثا فانما نقول يثبت بالزوج الثانى الحل الجديد للزوج الاول فيملكها بثلاث تطليقات (قوله) وحينئذ يندفع الامر الاول) أقول فيه بحث

وقوله (واختلفوا في أدنى هذه المدة) قال أبو حنيفة لا تصدق في أقل من ستين يوما وقال أبو يوسف ومحمد تصدق في تسعة وثلاثين يوما وتخرج قولهما أنه يجعل كأنه طلقها في آخر جزء من أجزاء الطهر وحيضها أقل الحيض ثلاثة وطهرها أقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلاثة إذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون (١٨١) يوما فلذلك صدقت في تسعة

واختلفوا في أدنى هذه المدة وسنينها في باب العدة

وقع في قلبه صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك (قوله وسنينها في العدة) قال في النهاية وقعت هذه الحوالة غير راجحة لأنه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها وأجاب بعضهم بأنه لم يقل في العدة من هذا الكتاب فيمكن أن يكون أراد في عدة غير هذا الكتاب ومثل هذا مما يقضى العجب من تسطير في الأوراق من هو من أهل العلم ولا توفيق إلا بالله وإذا لم يعرف بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح وذكرنا من الخلاف اختلف العلماء في أقل ما تصدق إذا ادعت انقضاء العدة بالاقرء فقال أبو حنيفة لا تصدق في أقل من ستين يوما إن كانت حرة وقالوا أقلها تسعة وثلاثون يوما وقال شريح لو ادعت ثلاث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطة أهلها أنها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرع وتصلى فقد انقضت عدتها قال له على رضي الله عنه قالون ومعناه بالرؤية أحسن ومذهب الشافعي رحمه الله أنها اثنتان وثلاثون ولخظتان إن وقع الطلاق في الطهر وسبعة وأربعون يوما ولخطة إن وقع في الحيض وقال أبو ثور سبعة وأربعون وقال مالك في الجواهر أربعون وقال إسحق بن راهوية وأبو عبيد إن كان لها أقراء معلومة تعرفها بطة أهلها تصدق على ما يشهد به واللات تصدق في أقل من ثلاثة أشهر وقالت الحنابلة تسعة وعشرون يوما قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر وإن قلنا خمسة عشر تزداد أربعة أيام فيصير ثلاثة وثلاثين وما أحسن قول إسحق وأبي عبيد وهذا إن العادة أن الشهر الواحد لا يشتمل على أكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة إذا أخبرت بما دونه والمكذب عادة كالمكذب حقيقة ألا ترى أن الوصي إذا قال أنفق عليه مائة في يوم لا يصدق وإن احتمل صدقه بأن تكرر هلاله المسترى في اليوم ألا يرى أن الله سبحانه وتعالى لما أقام الزمان مقام الأقرء في الآية والصغيرة قدر العدة بثلاثة أشهر فقال تعالى واللاتي ينسن من الحيض من نساكنكم إن ربيتم فعدتهن ثلاثة أشهر بخلاف ما إذا شهد بعمادون العادة فانه حينئذ ثبت أن هذا من النادر وهذا هو المذكور في وجه قول أبي حنيفة رأيت أن قول إسحق ومن معه أولى به فإن لم يؤخذ بهذا ينبغي أن لا يعدل عن قول أبي حنيفة وتخرج به على قول محمد أن يجعل مطلقا في أول الطهر تفاديا من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج إلى ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوما كل طهر بخمسة عشر وثلاث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة أخذ بالوسط فيه وعلى قول الحسن بن زياد أن يجعل مطلقا في آخر الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج إلى ثلاث حيض بثلاثين يوما اعتبارا للآخر وطهرين بثلاثين يوما ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين وعلى شريح محمد أقله أربعون يوما الطهر الذي وقع الطلاق في أوله والمتخلل ثلاثون وحيضتان بعشرة وتخرج قولهما أن يجعل مطلقا في آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتبارا لأقله ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه أحد وعشرون يوما حيضتان بستة وطهر بخمسة عشر يوما ومثله للثاني وزيادة طهر يعني إذا جاءت بعد المدين للطلق ثلاثا تريد أن يتزوجها لا يجوز حتى يحتسب مع المدين

وثلاثين يوما لأنها أمينة أخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها وأما تخرج قول أبي حنيفة فيجعل كأنه طلقها في أول الطهر تحرز عن إيقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لأنه لا غاية لأكثر الطهر فقد رناه بأقله وحيضها خمسة لأن من النادر أن يكون حيضها أقل الحيض أو يعتد إلى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة فتلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وأربعين وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر يوما فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد وأما على رواية الحسن عنه فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لأن التحرز عن تطويل العدة واجب وإيقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب إلى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لأنها لا تقدرنا طهرها بأقل المدة نظرا لها بقدر حيضها بأكثر المدة نظرا للزوج وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون

وطهران كل طهر خمسة عشر فذلك ستون يوما وقوله (وسنينها في باب العدة) قال في النهاية وقعت هذه الحوالة غير راجحة لأنه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى أما اللفظ فلأن مثل هذا يسمى وعدا لحواله فكان ينبغي أن يقول وعد غير منجز وأما المعنى فلأنه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعده منجزا في باب العدة من كتاب آخر وأقول الأول ظاهر والثاني خلاف الظاهر والله أعلم

باب الإيلاء

قال في النهاية ذكر في الأسرار (١٨٣) في أول كتاب الطلاق منه التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع

باب الإيلاء

طهر آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر لان الزوج الثاني اذا جعل مطلقا في آخره والقرض ان عدة الاول انقضت بأول الطهر لزوم ما قلنا ولو كان على طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في أقل من خمسة وعشرين يوما في قوله على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة يوم احتسابا بالنفاس خمسة وعشرين ثم طهر بخمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران بستين وهذا المرق في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده وكون ما بعده حيضا موقوف على تقديم طهر تام وهو ما قلناه في حق الزوج الاول ثم يحتاج في الثاني الى ستين على ما سمعت على التخريجين وعند أبي يوسف تصدق في حق الاول في خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر بأحد عشر يوما عنده لان مدته أكثر من مدة الحيض فيقدر بأكثر من أكثره يوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة أطهار ويحتاج في حق الثاني الى ثلاث وثلاثة أيضا وعند محمد تصدق في أربعة وخمسين يوما وساعة لانه لا غاية لأقل النفاس فاذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران ويحتاج في حق الزوج الثاني الى أربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة أطهار هذا في حق الحرة وأما في حق الامة فقدر يجه على المذاهب غير خاف والله الموفق

باب الإيلاء

تحريم الزوجة بأربعة طرق الطلاق والإيلاء واللعان والظهار فبدأ بالطلاق لانه الأصل والمباح في وقته ثم أولاء الإيلاء لانه أقرب اليه في الإباحة لانه من حيث هو عين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء والتحقيق ان تحريمها ليس إلا بالطلاق في الحال أو الى انقضاء العدة غير أن ثبوته بأسباب الأصل والاشهر منها الإبتداء به تنجيذا أو تعليقا فاقدم ثم أولى الإيلاء لانه لا يلزم به المعصية ان قد يكون برضاها خوفا غيلا على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فينفقان عليه لقطع لحاج النفس بخلاف الطهار واللعان فانهم لا ينفكان عن المعصية ولهذا قدم عليهما الخلع لانه أيضا لا يستلزم به الجواز أن تسأله لالتشوزيل لقصد التخلي للعبادة أو العجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره وانما قدم الإيلاء عليه مع اشتراكهما في عدم استلزام المعصية والانتفاك عنها لا اختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد والإيلاء لغة اليمين والجمع الإلابة قال الشاعر
قليل الإلابة أظلم ليمنه * وأن بدرت منه الالية برت

وفعله آلى بولي إيلاء كتصريف أعطى وفي الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق ما يستحقه على القربان وهو أولى من قوله في الكفر الخلف على ترك قربانها أربعة أشهر لان مجرد الخلف يتحقق في نحو قوله ان وطئتك فقلته على ان أصلي ركعتين أو أغزو ولا يكون بذلك موليا لانه ليس بما يشق في نفسه وان تعلق أشفاقه بعرض ذميم في النفس من الجبن والتكسل بخلاف ان وطئتك فعلى حج أو صيام أو صدقة فالمولى حينئذ من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه وهو أولى من قولهم من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصور هذا عن نحو ان قربتك فبعده حر أو فلانة طالق وأما كونه فهو الخلف المذكور وشرطه محلبة المرأة وأهلية الخلف وعدم النقص عن أربعة أشهر والاول بالزوجة والثاني بأهلية الطلاق عنده وعندهما بأهلية الكفارة فيصح إيلاء الذي عنده بما فيه كفارة ونحو والله لأقربك فان قربها

الطلاق والإيلاء واللعان والظهار ثم قال فبدأ بالطلاق لانه الأصل والمباح للزوج في وقته ثم أدنى درجة منه في الإباحة الإيلاء لانه من حيث انه عين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجي وكان أدنى منه في الإباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى بولي إيلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحه أربعة أشهر فصاعدا منع مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما متشابهان في أن الإلابة فيهما مؤقتة الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه لا يستعقب مكرها ومنهم من يختار الإيلاء لما ان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه أن يكون صادرا من أهل الطلاق عند أبي حنيفة أو من أهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحته في مدة أربعة أشهر فصاعدا وركنه أن يقول والله لأقربك أربعة أشهر ونحوه أو يقول ان قربتك فبعدي حر وأمثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقه بآئنة اذا مضت مدة الإيلاء فهو عين يترتب على الحنث والبرقية شيء ومن هذا قيل المولى هو من لا يخلو عن أحد المكروهين لا تلزمه

باب الإيلاء

(واذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول) لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية (فان وطئها في الاربعة الاشهر حنت في عينه ولزمته الكفارة) لان الكفارة بموجب الحنت

لا تلزمه كفارة وان مضت المدة بلا قربان بابت بتطبيقه ولا يصح عندهما أمالوا لي بما هو قربة كان قربتك فعلي تج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقا ولو آلى بما لا يلزم قربة كان قربتك فعبـدى حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنت بالقربان ووقوع طلبة بائنة بتقدير البالر وألفاظه صريح وكتابة فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطوك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فلو ادعى الله لم يعن الجماع لم يدين في القضاء والكتابة نحو لا أمسك لا آتيتك لا أغتسلك لا أمسك لا غيظتك لأسوأئك لا أدخل عليك لا أجمع رأسي ورأسك لا أضاحبك لا أقرب فراشك فلا يكون إبلاء بلانية ويدين في القضاء وقبل الصريح لفظان لا أجامعك لا أتيتك وهذه كنيات تجري مجرى الصريح والاولى الاول لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا لا بالحقيقة والالوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثانی ما ذكر وفي البدائع الاقتضاض في البكر يجري مجرى الصريح والدنو كناية وكذا لا أتيت معك في فراش ويخالفه ما في المنتقى لا أنام معك إبلاء بلانية وكذا لا يميس فرجى فرجك في الذخيرة وفي جوامع الفقه ما يخالفه قال لا يميس جليدي جليدي لا يصير موليا لانه يمكن أن يلف ذكره بشئ وفي المرغيناني يحنت بمن الفرج دون الجماع فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الفرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مقننة الى النية وهو فرع أن راديه ذلك ولا يحنت الا بالجماع فيكون موليا وفي التخصة لو قال أنامتك مول فان عني الخبر كذا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا الإيجاب في الشرع وان عني به الإيجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه أوجب الإيلاء بهمـذا اللفظ ولو قال أنت على مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فان نوى الإيلاء كان موليا لانه شبهها بها في اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا ولقائل أن يقول الإيلاء الحلف الخ وقوله أنت على مثل امرأة فلان أو أنامول ليس فيه صيغة حلف انشائية ولا تعليلية لان معنى الحلف قوله والله لا أقربك ونحوه وأن قربتك وليس قوله أنت مثلها إياه ولا محققا لوجوده لفرض عدم وجوده سابقا لاحقا الآن هذا جواب الرواية صرح به الحاكم أبو الفضل في مختصره وفيه لو آلى من امرأته ثم قال لاخرى أمرتك في إبلاء هذه كان باطلا ولو قال ان قربتك فعلي عين أو كفارة يمين فهو مول والجواب ان قوله أنامتك مول معناه أنامتك حالف ومعلوم ان انما قاد اليمين بقوله احلف فقط كما ينعتد بقوله احلف بالله فينعتد بقوله أنا حالف وكذا التشبيه المذكور يؤول اليه ولو قال لاوطئتك في الدبر أو فيما دون الفرج لم يصير موليا خلافا لما لك رحمه الله ولو قال لا جامعتك الاجماع سؤم مسئل عن نيته فان قال أردت الوطء في الدبر صار موليا وان قال أردت جماعا ضعيقا لا يزيد على نحو التقاء الختانين فليس بمول وكذا ان لم تكن له نية وان قال أردت دون ذلك فهو مول (قوله ولزمته الكفارة) ليس حكم المولى مطلقا على تقدير الحنت بل حكم هذا المولى المذكور في قوله اذا قال الرجل والله الخ لما استعرف أن المولى قد لا يكون حكمه الكفارة بذلك التقدير وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا كفارة في خصوص هذا الحنت لانه تعالى وعده المغفرة بتقدير التي والمراد الجماع لانه في الاصل الرجوع وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك قال الله تعالى فان فأتوا فان الله غفور رحيم وقوله الجديد كقولنا لان وعده المغفرة بسبب الفحشاء التي هي مثل التوبة لا ينافي الزام الكفارة بل ثبت في الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الديني والآخرى أعني المغفرة وسقوط

(واذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنت في عينه ولزمته الكفارة لان الكفارة بموجب الحنت) وقال الشافعي لا تلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فأتوا فان الله غفور رحيم وعده المغفرة والمغفور لا يجب عليه عقوبة قلنا وعده المغفرة في الآخرة وذلك لا ينساق وجوب الكفارة في الدنيا

(قوله واذا قال الرجل لامرأته) أقول أي الغير الحائضة (قوله أو قال والله الخ) أقول يعني لامرأته سواء كانت حائضة أو طاهرة (قوله وقال الشافعي) أقول في القديم

(وسقط الایلاء) لان البین ترتفع بالحنث (وان لم یقر بها حتى مضت أربعة أشهر بانته منه بتطبيقه)
وقال الشافعی یتین بتفریق القاضی لانه مانع حقها فی الجماع فینوب القاضی منابه فی التسريح

الكفارة وثبت أحدهما مع نقيض الآخر مستقر في كل حلف على معصية إذا حنث الخالف فيها توبة
فان التوبة تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيها اعمالا لاطلاق قوله تعالى ولكن يؤخذكم بما عقدتم
الايمان فكفارته الآية وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الصحيح من حلف على عين فرأى غيرها خيرا
منها فليكفر عن عينه وليأت الذي هو خير وهو قول الاربعة والجمهور وقال الحسن لا كفارة عليه
قال قتادة خالف الحسن الناس (قوله وسقط الایلاء) باجماع العلماء على معنى انه لو مضت أربعة أشهر
لا يقع طلاق آخر لان البين تحل بالحنث (قوله وقال الشافعی یتین بتفریق القاضی) لم يقل الشافعی
یتین بل قال يقع رجعي سواء طلق الزوج بنفسه أو الخاكم وبه قال مالك وأحمد ورجح بأن الواقع طلاق
والطلاق يعقب الرجعة الا الثابت بالنص والجواب منع كلية الكبرى وتقدم وجه دفعه في الكنايات
غير انه يستدعي سببا والسبب هنا وقوعه للتخلص من الظلم والرجعي لا يفيد ذلك لانه مبطل من أن ردها
الى عصمته ويعيد الایلاء فتعين البين لتلك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء الظلمه مع ورود الاشارة
في ذلك كما استقف على انتهاضها بانباته ثم الخلاف في موضعين أحدهما اني عند يكون قبل
مضي المدة ويكون بعدها وعند مضيا يوقف الى أن ينيء أو يطلق لقوله تعالى فان فاؤا والفاء للتعقيب
فاقتضى جواز اني بعد المدة وعندنا اني في المدة لا غير والجواب ان الفاء للتعقيب المعنى في الزمان
في عطف المفرد بكاء زيد فعمرو وتدخل الجمل المتفصيل مجمل قبلها وغيره فان كانت الاول نحو فقد
سألو موسى أكبر من ذلك فقالوا أرنا الله جهرة ونادى فوح ربه فقال رب ان ابني من أهلي ونحوه وضأ
فغسل وجهه ويديه ورجليه ومسح رأسه فلا يفيد ذلك التعقيب بل التعقيب الذي ذكره التفصيل
بعد الاجال وان كانت لغيرة فكلاول بكاء زيد فقام عمرو وكل من التعقيبين جائز الارادة في الآية
المعنوى بالنسبة الى الایلاء فان فاؤا أي بعد الایلاء والذكرى فانه لما ذكر تعالى ان لهم من نسائهم
أن يترصن أربعة أشهر من غير بينونة مع عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال في الامرين فقوله تعالى
فان فاؤا الى قوله سمع علم واقع بهذا المعرض فيصح كون المراد فان فاؤا أي رجعوا عما استمروا
عليه بالوطء في المدة تعقبا على الایلاء التعقيب الذي ذكرى أو بعدها تعقبا على التريص فان الله غفور
لما حدث منهم من البين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفية التي هي توبة أو غفور
للحنث في البين ان كان برضاها الغرض تحصيل ولد عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية
عنه ففطرنا فاذا قرأه ابن مسعود فان فاؤا فهن ترجح أحد الجائزين وهو كون اني في المدة اما
باعتبار ان الاصل توافق القراءتين شاذين كائنا واحداهما شاذة فتنزل تفسير المراد بالآخرى واما
باعتبار انها تستقل باثبات كونه في المدة اذ لا تعارض القراءة المشهورة لانها أعم من كونها فيها
أو بعدها بناء على انها حجة عندنا وان أبي الخصم ورد المختلف الى المختلف يتم اذا أثبت الاصل ولا
شك ان القراءة الشاذة انما يقرؤها الراوى خبرا عن صاحب الوحي قرأنا فانها انتفاء القرآنية لعدم الشرط
وهو التواتر انتفاء الاخص فان القرآنية أخص من الخبرية وانتفاء الاخص لا يستلزم انتفاء الاعم
فدار الامر بين كونها قرأنا أو خبرا عن صاحب الوحي وذلك دوران بين الحجية على وجه وبينها على
وجه آخر لا بين الحجية وعدمها فان قيل حاصل المقادير الجواز التي في المدة ونحن لا نذكر ذلك وانما
الكلام في ان له ان ينيء بعدها وتتحل عينه اذا لم يبق فيها أولابل بعجز مضيا وقع الطلاق فلا يتمكن من
النيء أثبتناه والقراءة المذكورة لا تنفيه قلنا ليس كذلك فانه تعالى جعل حكم الایلاء على هذه
القراءة ان ينيء في المدة أو يثبت الطلاق بتطبيقه أو تطبيق القاضى على الخلاف هذا هو المفاد بقوله

(وسقط الایلاء) على معنى انه
لو مضت أربعة أشهر لا يقع
الطلاق (لان البين ترتفع
بالحنث وان لم یقر بها حتى
مضت أربعة أشهر بانته
منه بتطبيقه) لان معنى
الایلاء عندنا ان مضت
أربعة أشهر ولم أجامعك
فأنت طالق تطليقة بائنة
وعند الشافعی لا تقع الفرقة
بعضى المدة ولكنه يوقف
بعد المدة على ان ينيء اليها أو
يفارقها فان أبي أن يفعل
(یتین بتفریق القاضی)
بينهما وكان التفریق تطليقة
بائنة (لانه مانع حقها في
الجماع فینوب القاضى منابه
في التسريح

(كافي الجب والعنة ولنا انه ظلمها يمنع حقها) وهو الوطء في المدة (بخاراه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة) فخلصها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعي فوقع باننا (وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادة الثلاثة وزيد بن ثابت) وهم عند الفقهاء عبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر وعند المحدثين هم أربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمر ولم يذكروا فيهم عبدالله بن مسعود واعترض بان الزوج انما يكون ظالمًا يمنع حقها اذا لم يكن وظمها امرأة وأما اذا وطئها

(١٨٥)

فقد سقط حقها وأجيب بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء وأما في الديانة فلم يسقط وكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق يمنع حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم أن لا يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس بنظام عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك (ولان الابلاء كان طلاقا في الجاهلية) على الفور بحيث لا يقر بها الشخص بعد الابلاء أبدا (فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة) فلم ينصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على تطبيقه أو تفريق القاضي

(قوله وأجيب بان حقها سقط بالجماع الخ) أقول والظاهر ان لها حق في الجماع في كل أربعة أشهر مرة لأقل يؤيده قصة عمر رضي الله عنه حين سمع من تلك المرأة ما سمع فسأل حفصة رضي الله عنها كم تصبر المرأة عن زواجها الخ على ما فصل في الغاية (قوله وفيه نظر لانه يستلزم أن لا يحكم القاضي بوقوعه) أقول كيف لا يحكم وقد

كافي الجب والعنة ولنا انه ظلمها يمنع حقها بخاراه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة

تعالى فان فاؤافيهن فكذا وان عزموا الطلاق فكذا على ما عرف من التأويل لان السرد يد ما خوذ في كل قسم منه نقيض الآخر أي وان عزموا الطلاق فلم يفيؤافيهن وهو لازم فانهم لو فاؤافيهن لم يبق عزية الطلاق فلزم بالضرورة أن لا في الا في المدة الثاني ان بعض المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا باننا وعندنا لا يكون الا بطلاقه أو بطلاق القاضي لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضى المدة لم يتصور العزم عليه ولان النص يشير الى انه مسموع وهو قوله فان الله سمع عليهم والوجه الذي ذكره المصنف وحاصله الحاق المولى بالعنين في حكم هو الزامه بالطلاق فان لم يفعل طلق عليه بجماع أنه امتنع عن الامساك بعصر وفي مؤمر بالتسريح باحسان والا كان موقعا من غير ايقاع والجواب قوله لا يتصور العزم عليه لو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع بل اذا فرض وقوعه عندها كان عزية الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم فغنى فان عزموا الطلاق فان استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة فان الله سمع بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقالة والمجادلة وحديث النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان عليهم بما استمر واعليه من الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك واندرج في هذا جواب الثاني وعن الاخير بأن العنين ليس بنظام فناسبه التخفيف عليه ولذا كان أجله أكثر والمولى ظالم يمنع حقها فيجوز بوقوعه بنفس الانقضاء ولا نسلم انه بلا ايقاع بل الزوج بالابلاء موقوف فقد كان في الجاهلية تحيزا فجعله الشارع مؤجلا أو نقول جازان يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق انما هي رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ولفظ أنت طالق الآلة التي يثبت هو عندنا شرعا ولم يقصر الشرع بثبوته على اللفظ ألا يرى انه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليس الكتابة لفظا فلا بد أن يحكم به عند ظلمه بمنعه حقها هذه المدة لا يقال كيف يكون ظالمًا بذلك وهو بوطئه واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بنظام لانا نقول ذلك في الحكم فاما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان يجامعها أحيانا ليعفها فان أبي كان عاصيا والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك لكن بقي أن يقال هذا كله تجوز لو وقوعه كذلك ونقول بجوازه لكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا فان الآية وان صح فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود لما أفادت ان لا في بعد المدة لزم انتفاء قولكم من الزامكم بأحد الامرين من النبي أو الطلاق فنبت ان المراد بها ما قلنا والالزام احداث قول ثالث وهو الزامه بعد المدة بأمر واحد وهو الطلاق وهذا التقرير هو محل استدلال المصنف حيث قال ولنا انه ظلمها يمنع حقها بخاراه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة والاقطاع هو انه مصادرة لانه استدلال بعين محل النزاع كأنه قال بخاراه بذلك بالنص وتقديره ان القسرة مفسرة بكون التي في المدة بقراءة أخرى الى آخر

(٣٤ - فتح القدر ثالث)

غايته انه يترتب على ما يتعلق لها ثم يرد على الشافعي لان الفرق عنده هو القاضي فليتأمل والتفصيل في شرح الزيلعي وغيره ويفهم ذلك من قول الشارح أيضا لان معنى الابلاء عندنا الخ تأمل (قوله فلم ينصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على تطبيقه أو تفريق القاضي) أقول وفيه تأمل

ما ذكرنا واحتج أيضا بأروهي ماروي الدارقطني قال حدثنا أبو بكر الميموني قال ذكرت
 لأحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ما سنده كره مما يوافق مذهبنا قال لا أدري
 ما هو قدر روى عن عثمان خلافة قبله من رواه قال حبيب بن أبي ثابت عن طلوس عن عثمان وما
 روى مالك في الموطأ عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان يقول إذا
 آلى الرجل من أمراته لم يقع عليه الطلاق فإن مضت الأربعة الأشهر توقف حتى يطلق أو ينفق وما
 روى البخاري عن ابن عمر بسنده أنه كان يقول في الإيلاء الذي سمي الله تعالى لا تحل بعد ذلك الأجل
 إلا أن يسلك المعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله تعالى وقال أي البخاري قال لي اسمعيل بن أبي
 أويس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال إذا مضت أربعة أشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه
 الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار
 قال أدر كت بضعة عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول بوقف المولى وقال بعضهم روى سهيل بن أبي
 صالح عن أبيه قال سألت اثني عشر رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه
 شيء حتى تضي أربعة أشهر قلنا لا نأمر الأربعة الأولى معارضة أما الأول فبما روى عبد الرزاق
 حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا
 يقولان في الإيلاء إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة وهي أحق بنفسها وتعد عدة المطلقة
 وهذا أولى لأن سنده جيد موصول بخلاف ذلك فإن حال رجاله لا يعرف إلى حبيب وهو أيضا أعضله
 ولا يعلم أن طأوسا أخذ عن عثمان فهو منقطع وأما الثاني فبما أخرج عبد الرزاق أن أناسا من عمر
 أن عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهي أحق
 بنفسها وتعد عدة المطلقة وكل منهما مرسل فإن رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب
 رضي الله عنهم مرسلة وكذا قتادة وهما متعاصران وتوفي قتادة سنة سبع عشرة وأثمان عشرة ومائة
 على اختلاف الأقوال وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول وقال غير واحد سنة ثمان عشرة
 وقيل سنة أربع عشرة وقيل خمس عشرة وقيل ست عشرة فاعتدلا في هذا القدر ثم ثبت من اشتهار
 قتادة بعظم الحفظ والانتقان والمحافظة على الأداء كما سمع بعينه أكثر وأشهر من ثبت لمحمد قال عبد
 الرزاق عن معمر بن جارجل إلى ابن سيرين فقال رأيت جامعة التقيت لؤلؤة فخرجت عنها أعظم مما دخلت
 ورأيت جامعة أخرى التقيت لؤلؤة فخرجت منها أصغر مما دخلت ورأيت أخرى التقيت لؤلؤة فخرجت
 كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين أما التي خرجت أعظم مما دخلت فذلك الحسن بن سعيد الحديث
 فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه وأما التي خرجت أصغر فذلك محمد بن سيرين بنقص منه
 ويسأل وأما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو أحفظ الناس انتهى وفي تراجمه العجائب من حفظه
 وأما الثالث والرابع فبما أخرجه ابن أبي شيبة قال حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن حبيب عن سعيد
 ابن جبيرة عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالوا إذا آلى فلم ينفق حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة
 ورجال هذا السند كلهم أخرج لهم الشيخان فهم رجال الصريح فيمنعهم معارضا ولم يبق الأقول
 من قال بأن أصح الحديث ما روى في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما إلى آخر ما عرف
 وقد منافي كتاب الصلاة أنه يحكم محض لأنه إذا كان الغرض أن المروى على نفس الشرط المعتبر عندهما
 فلم يفتقه إلا كونه لم يكتب في خصوص أوراق معينة ولا أثر لذلك وقول البخاري أصح الأسانيد مالك
 عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غيره وقال المحققون أن ذلك يتعدى الحكم به وإنما يمكن
 بالنسبة إلى صحابي وبلد فيقال أصحها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه وعن أبي هريرة الزهري عن سعيد
 ابن المسيب عنه وأصح أسانيد الشاميين الأوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة وأصح أسانيد

وقوله (فان كان حلف) يعني

اذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها فلا يخلو إيمان كان حلف على أربعة أشهر أو على الأبد فان كان الأول فقد سقط البين لأنها كانت مؤقتة وإن كان الثاني فاليمين باقية لأنها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لأنه لم يوجد منع الحق بعد اليمينونة إلا حق بعد اليمينونة إذا لاحق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه أبو سهل الشرقي يقول يتكرر الطلاق بتكرار المدة يعني إذا مضت مدة الإيلاء قبل انقضاء عدتها لأن الإيلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط منكر فركانه قال كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فانت طالق باتن ألا ترى أنه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها أربعة أشهر بانت فدل أنه بمنزلة شرط منكر والاصح قول العامة لا ذكر في الكتاب (فان عاد فتزوجها) بعد اليمينونة بمعنى أربعة أشهر بعد انقضاء عدتها (عاد الإيلاء فان وطئها) في المدة (والا وقعت تطلقه) أخرى بمعنى أربعة أشهر أخرى لان اليمين باقية لاطلاقها بالتزوج حدث حقها فيحقق الظلم فيزال بالطلاق البائن

(فان كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين) لانها كانت مؤقتة به (وان كان حلف على الأبد فاليمين باقية) لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لم يوجد منع الحق بعد اليمينونة (فان عاد فتزوجها عاد الإيلاء فان وطئها والا وقعت بمعنى أربعة أشهر تطلقه أخرى) لان اليمين باقية لاطلاقها بالتزوج ثبت حقها فيحقق الظلم

اليمينين مقرر عن همام عن أبي هريرة ونحو ذلك وأحسن من هذا أيضا الوقوف على اقتحام هذه فان في خصوص الوارد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك نعم قد يكون الراوي المعتبر أكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له منه على معنى أكثر احاطة بأفراد متونه وأعلم بعادته في تحديده وعند تدليسه ان كان بوقصده عند إيهامه وإرساله عن لم يلزمه تلك الملازمة أما في فرد معين فرض ان غيره عن هو مثله في ملكة النفس من الضبط أو ارفع سمعه منه فأقنعه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر محفوظاته يكون ذلك مقدما عليه في روايته معارضة ما هو الا محض تحكم فان بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الا آخر الا بالملازمة وأثرها الذي يزيد به على الآخر انما هو بالنسبة الى مجموع متونه لا بالنسبة الى خصوص متن وحينئذ فنأهيك بسعيد بن جبيرة وقد روى عن ابن عمرو بن عباس خلافه وأما رواية الشافعي عن سليمان فاصلها ان قول جماعة من الصحابة كذلك وكذا ما ذكر عن سهيل ولم يبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الحال والفقه كما سمعناك عن ذكرنا وكون من ذهب الى خلاف المروي عنهم أئمة وأعلى من صبا ونحن قد أخرجنا ما قلناه عن الأكاثر مثل عثمان وعلي بناء على ترجيح ما عارضناه وكذا عن زيد بن ثابت وهو من أكابرهم ممن أخذ ابن عباس رضي الله عنهم بركبه حين ركب وقال هكذا أمرنا أن نفعل بعلمنا بنا وكذا عن ابن عباس فيما قدمنا وكذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخرجه الدارقطني عن ابن إسحق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يقول إذا مضت أربعة أشهر فمضى تطلقه وهو أملك بردها مادامت في عدتها وابن إسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر بن عيينة عن أبيه عن أبي قلابة قال ألى النعمان من أمراته وكان جالساً عند ابن مسعود ف ضرب فخذه وقال إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطلقه وأخرج نحو مذهبنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول وأخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والتميمي ومسروق والحسن وابن سيرين وقيصة وسالم وأبي سلمة وهذا ترجيح عام وهو ان كل من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضي يترجح على قول مخالفه لأنه لم يكن يمدن كونه محمولا على السماع لأنه خلاف ظاهر لفظ الآية قلولا انه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لانهم مع التبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع واندرج في هذا من روى عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل على انه ليس في اللفظ المروي لسهيل حجة لاحد الفريقين أصلاً (قوله وان كان حلف على الأبد) هو ان يصرح بلفظ الأبد أو يطلق فيقول لأقربك مقتصرا الآن تكون حاضاً فليس بول أصلاً لأنه ممنوع بالحيف فلا يضاف المنع الى اليمين وكذا لأقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم الخياط يكون مولياً (قوله إلا أنه لا يتكرر) استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما يتبادر فانه يتبادر منه أن يقع أخرى عند مضي أربعة أشهر أخرى اذا كانت لم تنقض عدتها بعد وبه قال أبو سهل الشرقي وعليه مشي المرغيناني وصاحب المحيط لان حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فانت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا اذا صرح بمزومه والختار قول الكرخي انه لا يقع الا اذا تزوجها وعليه مشي في البدائع وتحفة الفقهاء وشرح الاسيحي

وقوله (ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج) قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا (١٨٨) ذكره الترمذاني (فان تزوجها ثانيا) وفي بعض النسخ ثالثا ولكل وجه أما

ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج (فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بعضى أربعة أشهر أخرى لم يقربها) لما بيناه (فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق) لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التحيز الخلافية وقدم من قبل (واليمين باقية) لاطلاقها وعدم الحنث (فان وطئها كفر عن يمينه) لوجود الحنث (فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا)

الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء وأما الثاني فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء والاول أظهر (عاد الايلاء ووقعت بعضى أربعة أشهر أخرى تطلقه أخرى ان لم يقربها لما بيناه) ان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزويج ثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق (فان وطئها كفر عن يمينه) أما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق بعدم القربان وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق (وهي فرع مسئلة التحيز الخلافية) فانه يبطل التعليق عندنا خلافا للزفر (وقدم من قبل) أى في باب الامعان في الطلاق قال في المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلاثا يبطل الايلاء عندنا خلافا للزفر لان الايلاء طلاق مؤجل فانما يعقد على التطلقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الطلاق الثلاث عليها وكذلك لو بان

والجامع لانه وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق في الاول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانه قد ايلاء وثبت حكمه من الوقوع عنده مضي الشهر جزاء لظلمه وليس للبانة حق الوطء فلا يعقد الايلاء ثانيا ابتداء في حقها فلا يلزم حكم البرية بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم بانها تحيزا ثم مضت مدة الايلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الايلاء لصدوره في حال يتحقق به ظلمه فيكون اذا صح بمنزلة تعليق البائن والبائن المعلق يلحق البائن المنجز في العدة على ما أسلفناه في ذيل الكتابات وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أى سهل انه كقوله كلما مضت أربعة أشهر فانت طالق وذلك لان قوله والله لا أقربك أربعة أشهر انما صار بمنزلة قوله اذا مضت أربعة أشهر فانت طالق اذا انعقد ايلاء ثم عاين مستعقبا لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر وانعقاده ايلاء انما يكون حال كونه ظالما لان ذلك الحكم هو جزاؤه فاذا لم يكن ظالما كان الثابت مجرد اليمين على ترك قربانها وهو أعم من الايلاء فلا يستلزمه فيبقى عينا دون ايلاء فلا يصير كقوله كلما مضت أربعة أشهر فانت طالق فيوفر عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطء كما لو قال لاجنبيه والله لا أقربك أبدا ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت أربعة أشهر لا تطلق ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا ولذا قلنا اذا تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرار النكاح في الايلاء المطلق يلزمه الكفارة ولو وطئ وان لم يقع الطلاق ولو مضت المدة دون وطء (قوله ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج) أطلق في ذلك وكذا في السكا في وقيدته في النهاية والغاية تبعاً للترنثي والمرغيناني بما اذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فأما ان كان فيها اعتبار ابتداءه من وقت الطلاق ومثله لو آلى من زوجته مؤبدا ثم طلقها واحدة ثانية لا يبطل الايلاء فان مضت له أربعة أشهر وهي في العدة وقعت عليها طلاق وان مضت بعد انقضائها لا يقع شيء فان تزوجها بعد انقضاء عاد الايلاء ويعتبر ابتداءه من وقت التزوج فلا يحسن بما مضى قبله فلوزوجها في العدة احتسب به قال في شرح الكنز وهذا لا يستقيم الاعلى قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد ينقضه انتهى فالاولى اعتبار الاطلاق كافي الهداية (قوله لتقيده بطلاق هذا الملك) لان الغرض منه المنع وذا لما يحصل يبطلان حل يخاف بطلانه ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديدا بعد التزوج بغيره لانه غالب العدم على وزان ما قدمنا في مسئلة التحيز وهو ما اذا علق طلاقها بالدخول مثلا ثم خبز الثلاث فتزوجت بغيره ثم أعادها فدخلت لا تطلق خلافا لفرقة هذه فرع تلك وفيها خلاف زفر كذلك وكذا لو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثا يبطل الايلاء حتى لو مضت أربعة أشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا للزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر في الايلاء المؤبد لا يعود الايلاء خلافا له ولو بان بالايلاء مرة أو مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت اليه عادت بثلاث تطلقات وتطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تين بثلاث وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة الهدم وقد مررت (قوله فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) وقال به

الأئمة

بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليا الا عند زفر وأما الكفارة عند الوطء فليقاء اليمين لاطلاقها ووجود الحنث قال (فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا)

(قوله يبطل الايلاء عندنا خلافا للزفر لان الايلاء طلاق الخ) أقول قوله لان الايلاء تعليق لقوله يبطل الخ

مثل أن يقول والله لأقربك شهرا وهو وضع المبسوط أو قال لأقربك شهرين أو ثلاثة أشهر لم يكن موليا وقال ابن أبي ليلى هو مولد ان ترك وطأها أربعة أشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول أبو حنيفة أو لا فلما بلغه فتوى ابن عباس لا يبلا فيمادون أربعة أشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر اطلق الايلاء وقيد التربص بعمدة وذلك يقتضي ان من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم أو ساعة يلزمه تربص أربعة أشهر فالتقييد بعمدة يكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله فالجواب ان فتوى (١٨٩) ابن عباس وقع في المقدرات والرأى لا مدخل له في المقدرات

لقول ابن عباس لا يبلا فيمادون أربعة أشهر ولان الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع وبمثل لا يثبت حكم الطلاق فيه (ولو قال والله لأقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مولد) لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (ولو مكث يوما ثم قال والله لأقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

الاغنة الاربعة وأكثر العلماء وقالت الظاهرية والتخمية وقادة وجادوا ابن أبي ليلى واسحق يصير موليا في قليل المدة وكثيرها فان تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة لا طلاق الاية في ذلك فانه لم يقيد الايلاء بكونه على أربعة أشهر فصاعدا بل خص بالاربعة مدة التربص وأطلق الحلف وكان أبو حنيفة أولا يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس لما صح عنده فتوا بمخلافه أخرج ابن أبي شيبة حدثنا علي ابن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال اذا آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بايلاء وأخرج البيهقي عنه قال كان ابلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك فوقت الله عز وجل أربعة أشهر فان كان أقل من أربعة أشهر فليس بايلاء وأخرج ابن أبي شيبة نحوه عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والشعبي ولا شك ان ظاهرا الاية كقول من قال بانه ايلاء والمعول عليه في دفعه قول الصحابي وبكار التابعين بمن ذكرنا فان قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن بقي فيه انه زيادة على النص اذ هو تقييد لا طلاق الحلف في كونه ايلاء فلا يجوز الا ان يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذي ذكر وهو ان المولى من لا يقدر على القربان في المدة الاشبي يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون أقل المدة أربعة أشهر والافصح لا نقول به اذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها فانبات كون الأقل أربعة أشهر به مصادرة (قوله لان الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع الخ) قيل هو بناء على انه اراد بالاقل من أربعة أشهر شهرا فان وضع المسئلة في الاصل اذا حلف لا يقربها شهرا والا فالأقل من الاربعة لا يستلزم كون الامتناع الا في بعض المدة مطلقا لا في أكثر الجواز كون الحلف على ثلاثة أشهر وقيل لفظ أكثر مقحم وبعد ذلك التقريب ظاهر وقيل اراد بالاكثر تمام المدة أربعة أشهر سماها أكثر لانها أكثر من المدة المحلوف عليها ولا اشكال حينئذ لان المانع غير موجود في جميع صور الحلف على أقل من أربعة أشهر واستضعفه في الكافي قال وانما يصح ان لو قال في أكثر المدين انتهى ووجهه ان أفعال التفضل يلزم في اضافته الى شيء كونه بعض ما أضيف اليه ولذا امتنع يوسف أحسن أخوته وخواص البشر أفضل الملائكة وليس الاربعة الاشهر التي هي المراد بالاكثر بعض المدة المضاف اليها لاستحالة كون الاربعة بعض ما هو أقل منها فلزم في صحته أن يقول أكثر المدين يعني المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء وهي أربعة أشهر مدتان والثانية أكثرها ولا اشكال في انه لو قال في بعض المدة كان أحسن وأسلم (قوله وشهرين بعد هذين الشهرين) الى آخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيداف

قال المصنف ولان الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في أكثر المدة كان أشمل لتساوله وضع المبسوط وغيره (ولو قال لها والله لأقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مولد لانه جمع بينهما بحرف الجمع) وهو الواو (فصار بجمعه بلفظ الجمع) كانه قال والله لأقربك أربعة أشهر فتكون عينا واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بتي على حدة فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة (ولو مكث يوما أو ساعة ثم قال والله لأقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

(قوله فكان مسموعا) أقول أي محمول على السماع (قوله وبمثل ما يثبت هذا الحلف) أقول ولا يظهر ارجاع الضمير الى الامتناع

لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ) والاصل في ذلك انه اذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي ولم يحكث بينهما ساعة دخل حكم المعطوف في حكم المعطوف عليه كافي المسئلة الاولى واما اذا فات أحد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدأ وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون موليا لقوات الامور الثلاثة لوجود المحك يوما واعادة اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية مضى الى (١٩٠) الاول بقوله بعد الشهرين الاولين أربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم يتكامل

مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلامه عيني مستقلتين يلزمه بالقران كفارتان ولو قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة حرف النفي صار ايجابا آخر وصار اجلين وتداخلا كلو قال والله لا أكلم فلانا يوما ولا يومين ان اليمين تنقضي بيومين لانه اعاد كلمة التي فصار الثاني منفردا عن الاول فتداخل وقتها بعد الانفراد لان الوقت الواحد يصلح وقتا ليمان كثيرة فان من قال والله لا أكلم فلانا شهرا ولا أدخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فحضى شهر واحد تنتهي اليمان كلها فكذلك ههنا اذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحد من اليمين فيمكنه قربان امرأته في مدة الابلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير موليا بخلاف المسئلة الاولى فانه لم يفر مددة الثانية بنى على

لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية أربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع حكم المسئلة الاولى بل قيد في الثانية فقط ولفظ يوما في الثانية ليس قيدا لافرق بين مكثه يوما أو ساعة وقيل تكرار اليمين في مجلس أو مجالس وبينهما أقل من يوم تميز عند أبي حنيفة وأبي يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان اثبات المذهب نصوا على أن قوله والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا عيمان ولم يحك فيه خلاف وانما حكى في قوله والله والله لا أفعل فذكر وان ظاهر الرواية أنهم عيمان وفي نوادر ابن سماعة عيمان واحدة وفي المنتقى جعل كونهما يمينين قياسا وكونهما يمينيا واحدة استحسانا وفرغ في الدرية في آخر الباب من غير ان يعزوه والله لا أقربك مرارا في مجلس واحد تعدد الكفارة وتطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضا قياسا وهو قول محمد وزفر وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الأشهر ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا أقربك شهرين ولم يرد على ذلك لا يكون موليا أيضا لكن لما في الكتاب بل لتداخل المدين فتتأخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد أو ساعة بحسب ما فصل به بين اليمينين فالحاصل من حلقه الحلف على شهرين ويوم أو ساعة على حسب الفاصل والاصل في جنس هذه المسائل ان الابلاء بوجوب طلاقا في البر وكفارة في الحنث وانه لا تلازم بين كونه ابلاء وبيننا كما قدمنا فلذلك قد تعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد تعدد البر ويتحد الحنث وقلبه وتعدد البر بتعدد المدة لانه بتعدد الابلاء وهو بتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت المدة متداخلتين وتعدد اليمين بتعدد اسم الله وتكرار حرف لاداخله على المدة ومن زاد السكوت لم يحجج اليه لان الاسم الكريم يشكر بعد السكوت ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده في التجريد عن أبي حنيفة رحمه الله اذا حلف بيمان عليه لكل عين كفارة والمجلس والمجالس سواء ولو قال عنت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة أو عمره يستقيم مثال تعددهما اذا جاء غدا فوالله لا أقربك اذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك اما أنهم عيمان فلتعدد الذكروا اما انهما ابلاء أن فلتعدد المدة فان تركها أربعة أشهر من اليوم الاول بر في الاولى وبانت فاذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلعت أيضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان أطلق لزومهما في الكافي ولو قربها في الغد لم يمته كفارة واحدة لان الغد لم ينعقد عليه اليمين واحدة وتعدد الكفارة بتعدد اليمين وتظهر في النوازل قال والله لا أكلم يوما والله لا أكلم شهرا والله لا أكلم سنة ان كل بعد ساعة فقلبه ثلاثة ايمان وان كل بعد الغد فقلبه عيمان وان كل بعد شهر فقلبه عيمان واحدة وان كل بعد سنة فلا شيء عليه ومن تعددهما والله لا أقربك أربعة أشهر والله لا أقربك أربعة أشهر أخرى بعد هذه الاربعة الأشهر وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر أخرى بعد هذه الاربعة الأشهر إلا انه تعدد بتعدد المدة لا يتداخل فلا يتصور قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسألة الهداية في عدم تداخل المدين أعني قوله والله لا أقربك شهرين ثم بعد يوم قال والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بابلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدينان

حدة كان الكل مدة واحدة فكان موليا

فلو

(قوله أربعة أشهر الا يوما) أقول فيه بحث (قوله يلزمه بالقران كفارتان) أقول فيه نظر ان لا يعقل وجه لزوم الكفارتين فان لكل من اليمين مدة على حدة لا تداخل بين مدتهما حتى يلزم الكفارتان الآن يراد بالقران قربانان في مدتي اليمين فليتنا مل فانه مع بعده لا يساعده كلام ما في الشروح (قوله في مدة الابلاء) أقول أي اللغوى

(ولو قال والله لأقربك سنة الا يوما لم يكن موليا) خلافا لفر هو بصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان اربعة أشهر الا بشئ يلزمه

فلو قربها في الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة وكذا في الشهرين الآخرين لانه لم يجتمع على شهرين عيمان بل على كل شهرين عيمان واحدة وقد ورد شروح الهداية من النهاية وغاية البيان على الخطا عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلوقربها في الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا في الاربعة الثانية ولو كان أطلق فقال والله لأقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لأقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمته ثلاث كفارات للتدخل في المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت اربعة أشهر بانبت بتطبيقه وعند تمام الثانية وهو ساعة بعد هاتين باخرى إذا كانت في العدة وعند تمام الثالثة تبين بثلاثة بلا خلاف بخلاف ماضى في الكتاب في تأييد اليمين فان الایلات هناك تنزل متعاقبة بواسطة تأييد اليمين الواحدة فجاء الخلاف في انه هل ينقصد الایلات الثانية في العدة أولا ومن منعه قال لا يستند الایلات الا في حال يكون بالمنع ظالما أما هنا فالایلات الثلاثة صرح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة الا اذا تزوجها فيقع بحكم تأييد اليمين إذا مضت اربعة أشهر من وقت التزوج ومثال اتحادهما والله لأقربك اربعة أشهر أولا وأقربك شهرين وشهرين وفي الكافي في نظيره كلما كتبت واحدا من هذين فوالله لأقربك فكلتمهما معا وليس للتعقيب بذلك فائدة فان بتكليمهما معا لم تعمل اليمين بل لو كتبت أحدهما بعدهما ثبت الایلات فالظاهر كون هذين صور تعدد البرهان على التعدد فيما بعده بهيئتها في هذه ومثال تعدد البر وان اتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لأقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر فان قربها بنجب كفارة واحدة وان تركها اربعة أشهر من اليوم الاول بانبت بتطبيقه فاذا مضى يوم آخر بانبت باخرى واذا مضى يوم آخر بانبت بالثالثة وفي هذا المثال تطر لان الحلف بالله وقع جزاء شرط متكرر فليزم تذكيره ولا يشكّل بأنه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى والازم ان لا حلف عند الشرط الاول أيضا ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه والله كلما دخلت لأقربك كلما دخلت فوالله لأقربك وكذا لو قال كلما دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فان قربتك بعدد برا وكلما دخلت انقضت مدة يقع بعضها واحدة بانه ولا تصور خشنه الامرة واحدة لتعذر وقوع شئ آخر بعد الثلاث ونحوه كلما دخلت فعبدي حران قربتك سواء ومثال اتحاد الایلات وتعدد اليمين إذا جاء غد فوالله لأقربك ثم قال في المجلس إذا جاء غد فوالله لأقربك فهو ايلاء واحد في حكم البر حتى لومضت اربعة أشهر من الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لأقربك اربعة أشهر ولا اربعة أشهر من غير ان يزيد لفظ أخرى أو نحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها في الخلافات لو قال والله لأقربك والله لأقربك والله لأقربك والله لأقربك في ثلاثة مجالس فكل من اليمين والایلات ثلاثة وان كان في مجلس واحد فان أراد به التكرار فاليمين واحد والایلات واحد وان لم ينو شيئا أو أراد التشديد والتغليظ وهو الاستدام دون التكرار فالایمان ثلاثة اجماعا والایلات ثلاثة قياسا وهو قول محمد حتى اذا مضت اربعة أشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى الا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفي الاستحسان وهو قولهما الایلات واحد فلا يقع الا واحدة ويجب بالقر بان ثلاث كفارات لان الشرط الواحد يكفي لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يشكر الایلات (قوله لم يكن موليا) أي في الحال لانه يكون موليا اذا قربها وبقى بعد يوم القربان اربعة أشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان اربعة أشهر وقعت بتطبيقه (قوله اعتبارا بالاجارة) وهو ما اذا قال أجرتك سنة الا يوما ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا اذا

(ولو قال والله لأقربك سنة الا يوما لم يكن موليا) خلافا لفر هو يقول بصرف الاستثناء الى آخرها كذا لو قال أجرت دارى هذه سنة الا يوما فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان اربعة أشهر الا بشئ يلزمه وهذا ليس بصادق على ما نحن فيه

لانه يمكنه القربان اذا المستثنى يوم منكر) فامن يوم عر عليه بعد عيئنه الاويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقر بها فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه الى آخر السنة لانه معين فكان تغييرا لكلامه من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى آخر السنة لتصحيحه أي لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة (ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وأمر أنه بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالخراج من الكوفة) ولا يشك في أنه أربع نسوة وقال والله لا يقربهن فانه يصير موليا منهن ان لم يقربهن جميعا أربعة أشهر بن عندنا خلافا لفرع ان له أن يطأ كل واحدة منهن الى أن يأتي على الثلاث من غير شيء يلزمه لما أن الحنث لا يتعلق (١٩٣) بأجزاء المحلوف قبل أن يأتي بالكل كما لو حلف لا يدخل هذه الدورا لأربع له ان

وهنا يمكنه لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين (ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا) لسقوط الاستثناء (ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وأمر أنه بها لم يكن موليا) لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالخراج من الكوفة

قال في الصورة المذكورة سنة الانتصاف يوم يكون موليا صرفه الى الآخر وما إذا أجل الدين (قوله) وهما يمكنه لان المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك السنة حقيقة فيمكنه أن يطأها قبل مضي أربعة أشهر من غير شيء يلزمه اعتبارا ليوم الوطء اليوم المستثنى بخلاف ما قاس عليه فان المعين ليكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقة حتى يصير شائعا في السنة لاتعين مدة الاجارة والانتصاف ينصرف الى الآخر وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذي يشك في الفرق بينه وبين قوله والله لا كلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه في الحال منظور فيه بانه مشترك في الالتزام اذا ايلأ أيضا يكون من المغايظة (قوله صار موليا لسقوط الاستثناء) مع ان الباقي من السنة الثانية مدة الايلأ ولو أطلق بان قال لا أقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما أقربك فيه لا يكون موليا أبدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعا أبدا وكذا لو أطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فحقت أربعة أشهر ولم يقربها فيها فوعدت طلقه ثم تزوجها ومضت أربعة أشهر لم يقربها فيها وقعت أخرى فاذا تزوجها فحقت أربعة أخرى لا يقع لان الباقي بالضرورة أقل من أربعة أشهر (قوله ولو قال وهو بالبصرة) اذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه أو زمان معين وهو في غيره ما كان بينهما ما قدر أربعة أشهر كان موليا على ما فرع فاضحان والمرغيبان فانهما قالوا لو كان بينهما مسيرة أربعة أشهر فقيوه باللسان ولم يعتبر امكان خروج كل منهما الى الآخر فليتقيان في أقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر أن يكون بينهما ثمانية أشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وبينهما أقل من ثمانية أشهر لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في أقل من أربعة أشهر فيقربها وان كان بينهما أقل من ذلك لم يكن موليا عند الاثمة الاربعة الا في رواية عن أحمد وهو قول ابن أبي ليلى فانه

يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على أربع نسوة بنى القربان موليا في الحال في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شيء يلزمه لا يمنع هذه الايلأ لانه انما صار موليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن يمنع حقها في الجماع كالأ عقد عيئنه على كل واحدة منهن على الانفرد الا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهم لان الكفارة موجب الحنث فلا يحث ما لم يتم شرطه ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الاخيرة فقط بل بقربانهم جميعا وأما وقوع الطلاق في

يكون

الايلأ فباستمرار البر وذلك انما يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا بنى بعض المدة كذا في النهاية

قال المصنف (ولا كذلك اليمين) أقول قال ابن الهمام فيه ان قوله والله لا كلم زيدا سنة الا يوما معين مع أنه ينصرف الى اليوم الآخر وجواب صاحب النهاية بان المعين الحال وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال منظور فيه بانه مشترك في الالتزام اذا ايلأ أيضا يكون من المغايظة انتهى وقال تاج الشريعة ونحن نقول في الفرق بين اليمينين ان الاستثناء لو انصرف الى آخر السنة يلزمه أحد المكر وهين لانه اما أن يقربها فيلزمه الكفارة أو لا يقربها فيلزمه مكر وه الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر ولا كذلك اليمين انتهى ولعل مراده أنه لما تعارض جهتا المغايظة ولزوم أحد المكر وهين فقط في الاولى صرف اليوم الى آخر السنة ومقتضى الاخرى خلافه تساقطوا على مقتضى اللفظ وهو التنكير فليست أملا (قوله لانه انما صار موليا مع امكان القربان الخ) أقول لتعليل قوله ولا يشك في

بن له أربع نسوة الخ

(قال ولو حلف بجمع أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول) لتحقيق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزاية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقر بانها عتق عبده وفيه خلاف أبي يوسف فإنه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء

يكون موليا فان تركها أربعة أشهر بانت بتطبيقه وينبغي أن يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الابلاء اذا حلف على أقل من أربعة أشهر كما قال ابن أبي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا أقربك الا في المحرم وهو في شوال أو حتى تظطعمي وذلك الى مدة القطام أقل من أربعة أشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من أن المولى من لا يمكنه القربان في الاربعة الأشهر الا بشئ يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هناك ان هذا فرع كون أقل مدة ينقطع الابلاء بالحلف عليها أربعة أشهر وبالضرورة انهم لا يلتزمون ذلك الا أن يجعل هذا أصلا مهيأ في مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لأقل من أربعة أشهر بدليله من أقوال الصحابة فتعلل به الاحكام المذهبية لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم أورد على هذا الاصل لوقال والله لا أقربك لاربعة نسوة فإنه مول فاذا تركهن في المدة مطلق ولو قرب ثلاثا منهن لا يلزمه شيء ثبت ان امكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الابلاء أوجب بما حاصله ان الابلاء متعلق بجمع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون موليا منهم وعدم لزوم شيء لعدم الحث لان الحث بفعل الحلو في عليه وذلك بقر بانهم والموجود قربان بعضهم وحاصل هذا تخصيص اطراد الاصل بما اذا حلف على واحدة بأدنى تأمل (قوله ولو حلف بجمع الخ) بان يقول ان قربتك فعلى حج أو عمة أو صدقة أو صيام أو هدى أو اعتكاف أو عین أو كفارة عین أو فأت طالق أو هذه لوجه أخرى أو فعبدى حر أو فعلى عتق لعبد منهم فهو مول أما لوقال فعلى صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى أن يمضي ذلك ثم يطوؤها بلا شيء يلزمه بخلاف قوله فعلى صوم يوم ولو قال فعلى اتباع جنازة أو سجدة تلاوة أو قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس أو تسبيحة فليس بمول ونقل في الصلاة خلاف محمد فعنده يكون موليا لانها مما يلزم بالنذر وتقدم أول الباب ما يجب به عنه وبحسب صحة الابلاء فيما لوقال فعلى مائة ركعة وشعوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة الغزو والمذكورة أول الباب فان قلت ينبغي في الصلاة في بيت المقدس أن يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالج فقلنا لم يلزم من نذر الصلاة في بيت المقدس أن لا يسقط الا بالصلاة فيه لكن المذهب ان له أن يصلحها في غيره ويسقط النذره على ما عرف ولو قال فعلى أن أتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم أو مالي هبة في المساكين لا يصح الا أن ينوي التصديق به ولو قال فكل عموك أشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف وهو رواية عنهما وكذا لوقال فكل امرأة أتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف ولو قال كل امرأة أتزوجها من أهل الاسلام يصير موليا وعلى هذا لوقال لا أقربك حتى أعتق عبدي أو حتى أطلق فلانة أو حتى أطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لانه يمكنه القربان بلا شيء بان لا يشتري عبدا ولا يتزوج ويتقدم الغاية قلنا لم يمكنه الا بضر لازم اذا اللزوم لاجل قربانها كاللزوم به واعلم ان الاصل انه متى جعل ليمينه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى يخرج بأجوج وما جوج أو ينزل عيسى عليه الصلاة والسلام أو حتى يخرج الدجال أو الدابة فهو مول استعسانا ببناء على الظاهر وان احتمل القرب وقت التكليم به وكذا اذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى أموت أو تموتى أو أقتلك أو تقتلينى أو أدينك وان كانت توجد في المدة لكن انما تصح جزاء نحو حتى أعتق عبدي أو أطلق فلانة كان موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه (قوله وفيه خلاف أبي يوسف) أى في ثبوت الابلاء بالحلف بعتق عبده المعلن فان ضمير فيه لعتق عبده وهو المعلن لا المبهم فان تعليله لا يتم فيه

قال (ولو حلف بجمع أو بصوم) لما فرغ من بيان اليمين بالله في الابلاء شرع في بيان اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء بان يعلق بقر بانها بجمع أو صوم أو صدقة أو طلاق أو عتق فإنه يصير موليا لتحقيق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح

وقوله (البيع موهوم) يعني لان الاصل عدم ما يحدث (فلا يمنع المانعية فيه) أي في الایلاء ولكن ان باع العبد سقط الایلاء عنه لانه صار بحال يملك قربانها من غير ان يلزمه شيء فان اشتراه لزمه الایلاء من وقت الشراء لانه صار بحال لا يملك قربانها لا يعتق يلزمه ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليقين قد سقطت لوجود شرط الخنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الایلاء لانه يتمكن من (١٩٤) قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء وقوله (وان آلى من المطلقة الرجعية)

وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبها وكل ذلك مانع (وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا) لان الزوجية قائمة في الاولى دون النافذة ومحل الایلاء من تكون من نساء بالنص فلما انقضت العدة قبل انقضاء مدة الایلاء سقط الایلاء لقوات المحلية (ولو قال لاجنية والله لا أقربك أو أنت على كظهر أي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا) لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك (وان قربها كثر) لتحقيق الخنث

(قوله البيع موهوم) أي غير مقدوره بنفسه لتوقفه على غيره من المشتري وقد لا يجده مشتريا في المدة فتضي قبل وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه مقدوره وهو وان توقف على امتثالها أيضا لكن امتثالها واجب والوجوب طريق الوجود بخلاف امتثال المشتري واذا كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الایلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شيء ولو ملكه بسبب شراء أو غيره فاد الایلاء من وقت الملك ان لم يكن وطئها قبله فان كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليقين ولومات العبد قبل البيع سقط الایلاء لقدرته على الوطء بغير شيء وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها أو ابائنها ثم تزوجها (قوله وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا) بانفاق الاثمة الاربعة بخلافه من البائنة فان كانت من ذوات الاقراء فلا احتمال امتداد طهرها وان كانت تعقد بالاشهر الثلاثة فلا احتمال رجعتها فينقصد الایلاء تمتدا الى ما بعد الرجعة فان لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى ذوال الزوجية بالطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة وعلى قولنا من حيث انها لاحق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظاهرا والجواب أن العبرة في المنصوص عليه بعين النص لا بمعنى النص والمطلقة الرجعية من نساءنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن والبعول الزوج حقيقة على ما أسلفناه في أول باب الرجعة فكانت المرأة من نساءه فيشملها نص الایلاء ألا ترى انه ثبت الایلاء وان أسقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولد أو غيره فعلم ان التعليل بالتطم باعتبار بناء الاحكام على الغالب بخلاف البائن لا تنفاد اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نساءنا وقيل انما لم يكن موليا من البائنة لان الایلاء تعليق طلاق بائن على مضى المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن مخبر ولا معلق يعني اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من انه اذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق وهذا الحصر يقتضي انه لو لا هذا صرح الایلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونساءنا والحق ان مبني عدم لحوق البائنة هو مبني عدم الایلاء منها وهو عدم الزوجية فالاسناد اليه أولى ثم لا يخفى ان تخلف العلة في محل واحد تنقض الامتناع فالحق ان الظلم حكمة ونفس الایلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائما (قوله لان هذا الكلام في مخرجه وقع باطلا لعدم المحلية) وهي كونها من نساءنا في الایلاء والظاهر ان الذين يؤلون من نساءهم وقال تعالى والذين يظاهرون من نساءهم فلا يضمن كونها محلا وقت التكلم بالایلاء والظهار أو وقت وجود شرطهما الماعرف في باب الايمان بالطلاق ان الاضافة الى سبب الملك صحيحة وكذا في الایلاء

ظاهر واعترض بأن الایلاء جزاء الظلم يمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان راجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الایلاء وأجاب العلامة شمس الاثمة الكردي بأن الحكم في المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نساءنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن والبعول هو الزوج وكانت المرأة من نساءه وكان الحكم المرتب على نساء الأزواج بقوله تعالى للذين يؤلون من نساءهم مرتبا على المطلقة الرجعية (ولو قال لاجنية والله لا أقربك أو أنت على كظهر أي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية) إذ المحل نساءنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا

والظهار

(قلا ينقلب بعد ذلك صحيحا فان قربها كثر) لتحقيق الخنث

(قوله لان الاصل عدم ما يحدث) أقول فيه بحث اذا اخرج من الكوفة أيضا كذلك (قوله وأجاب العلامة شمس الاثمة الكردي) أقول وهو أول من قرأ الهداية على المصنف رحمه الله ثم أقول يستفاد هذا الجواب من كلام المصنف فالظاهر اسناد الاجابة الى المصنف كما هو دأبه في أمثاله

إذا لم يكن منعقدة في حقها (ومدة إيلاء الامة شهران) لأن هذه مدة ضربت أجلًا للبينونة فتتصرف بالرق كمدة العدة (وان كان المولى مريضًا لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع أو كنت بينهما مسافة لا يقدران يصل إليها في مدة الإيلاء ففيه وإن يقول بلسانه فثبت إليها في مدة الإيلاء) فان قال ذلك سقط الإيلاء

والظهار فإذا قال ان تزوجتك فوالله لا أقربك وقع صحيحا وكذا ان تزوجتك فأنت على كظهر أمي إلا أنه لا يعتمد الإيلاء والظهار إلا عقيب التزوج بها لأنها انذاك تصبح محلا لقبله ولأن الظهار لما كان تشبيه التحلة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطؤها (قوله إذا لم يكن منعقدة في حقها) أي في حق الوطء لأن انعقاد اليمين يعتمد التصور حسابا لا شرعا ألا ترى أنها تنعقد على ما هو معصية (قوله كدة العدة) أي في الطلاق الرجعي فيمتنع بالرق لأنه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رجعهما الله تستوى مدة إيلاء المحرمة والامة والقياس على مدة العدة بجماع كونها تربص هو أجل للبينونة كالعدة مدفوع فان البينونة لا تحصل عند الشافعي باتقضاء المدة وأيضاً تربص العدة للخطر وتعرف الفراغ وهو المؤثر وهو منتف في تربص الإيلاء والأوجه الاستواء لعموم نص الإيلاء لأن الامة من نسائنا ولأن ضربها بإيلاء العذر الزوج ورفقاً برعا على عادته تعالى من عدم المعالجة بالعقوبة فأخرت عقوبته الدينية بظلمه إلى انقضاء أربعة أشهر وهذا المعنى لا يختلف في الحر والامة (قوله وان كان المولى مريضاً لا يقدر على الجماع) لا فرق بين كون عدم العذر للرض أو للجب كما أنه في حقها لا فرق بين كون المانع مرضاً أو الرتق أو القرن ومن اللامس من منع إيلاء المحبوب ومن الرتقاء والقرناء لأنه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه ما قلنا في المطلقة الزوجية ولأن هذا تعليل فيه إبطال حكم النص وذلك باطل وفي جوابه الفقه لا يعجز عن جماعها لرتقتها أو قرنها أو صغيرها أو بالجب والعنة أو كان أسيراً في دار الحرب أو لكونها ممنوعة أو كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشرة أو بينهما أربعة أشهر أو حال القاضي بينهما الشهادة الطلاق الثلاث ففيه باللسان بأن يقول ثبتت إليها أو رجعت عما قلت أو أراجعتم أو أرتجعت أو أبطلت إيلاءها واختلف في الحبس صحح النبي باللسان بسببه في البدائع وفي شرح الطحاوي لو آلى وهي مجنونة أو وهو مجنون أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر إلا أن السلطان يمنعه أو العدو ولا يكون فيؤم باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوي على إمكان الوصول إلى السجن بأن تدخل عليه فيجاءها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال والحبس محقق لا يعتبر في النبي باللسان ويظلم يعتبر وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان صدقته كان فياً وقيل لا وهو أوجه ثم هذا ان كان عاجزاً من وقت الإيلاء إلى ان تضي أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فثبت قدر ما يمكنه جماعاً ثم عرض له العجز عرض أو بعد مسافة أو حبس أو جب أو أسر ونحو ذلك أو كان عاجزاً حين آلى وزال العجز في المدة لم يصح فيؤم باللسان خلافاً لزنفر في غير الأخيرة فإن العجز ثابت وهو المادار قلنا لما يمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الأضرار فلا يكون فيؤم إلا بإيفاء حقها بالجماع بخلاف ما إذا استوعب العجز المدة لأنه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الإيلاء بأن يلى باللسان ففيه الذي هو بوجهه بتطبيب قلبها به لأن التوبة على حسب الخيانة ولو آلى بإيلاء مؤبداً وهو مريض فبانت بعض المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففقه بلسانه لم يصح عند أبي حنيفة ومحمد وصح عند أبي يوسف وهو الأصح على ما قالوا لأن الإيلاء وجهه منه وهو مريض وعلاجه حكمه وهو مريض وفي زمان الصحة هي مبانة لا حق لها في الوطء فلا يعود حكم الإيلاء فيه وهما يقولان ان ذلك بتقصير منه فإنه كان عليه النبي باللسان قبل مضي المدة ولاتين ولو كان المانع شريعياً كان محرماً

وحرمة ألا ترى انه لو قال والله لا شرب الخمر في هذا اليوم فضي اليوم ولم يشرب خنث وان كان الفعل حراماً محضاً (ومدة إيلاء الامة شهران) وقال الشافعي مدة إيلائها كمدة إيلاء الحر لأنهما مدة ضربت لظهار الظلم يمنع الحق في الجماع والحر والامة في ذلك سواء (ولنا ان هذه مدة ضربت أجلًا للبينونة فتتصرف بالرق كمدة العدة) وقوله (وان كان المولى مريضاً) هذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أنه آلى وهو صحيح وبني بعد إيلائه صحيحاً مقدراً يستطيع فيه ان يجامعها ثم مرض بعد ذلك وفيه بالجماع عندنا خلافاً لزنفر لأن المعبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجده الماه في أول الوقت فلم يرضأ به حتى عديم الماء جلزله التيسم وقلنا لما يمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم يمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها في الجماع والثاني أنه آلى وهو مريض وتم أربعة أشهر وهو مريض وفيه ان يقول بلسانه فثبت إليها فان قال ذلك سقط الإيلاء عندنا

(قوله فلا يكون رجوعه

الإيايفاء حقها في الجماع) أقول وليس هذا كالتيسم في هذا الحكم فإنه مسبب باختياره بطريق مخطور فيما رزاه فلا يستحق تخفيفاً

(وقال الشافعي لافيء الابالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيا لكان حنثا) لان التي يستلزم حكيم وجوب الكفارة وانتفاء
الفرقة ثم التي باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الآخر (ولنا انه اذا هابت كرا المنع) لان الزوج اذا كان عاجزا
عن الجماع حال الابلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها فيه حينئذ وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع
باللسان واذا ارضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الخيانة فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيا على هذا الوجه أن تجب
الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالتي باللسان فان قيل اذا كان المولى مريضاً وقت الابلاء وجب ان لا يتحقق الابلاء لعدم
الظلم بمنع حقها اذ ليس لها حق (١٩٦) في الجماع اذ ذلك فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الأئمة الكردي وقد ذكره

شمس الأئمة السرخسي في
أول كتاب البيوع والثالث
انه آلى وهو مريض وقدر
على الجماع في المسدة وفيه
بالجماع سواء كان فاء إليها
في مرضه بالقول أو لم يفت
أما اذا لم يفت فظاهر وكذلك
اذا فاء لانه قد قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالخلف
ولقائل ان يقول المولى اذا
كان مريضاً حال الابلاء
لانسلم ان الاصل في فيه
الجماع لماذا كرنا آفائه
اذا هابت كرا المنع فيكون
إرضاؤها بالوعد باللسان
والجواب ان المرض قد يبطو
وقد يقصر فعلى تقدير ان
يقصر عن مدة الابلاء
ويقدر على الجماع صار ظالماً
بمنع حقها في الجماع وتبين
ان قصده في الابتداء لم
يكن الامنع الحق بالجماع
والاصل في التي حينئذ
الجماع ولكن في الطلاق
الخلف بعض تسامح على قود
كلامه فتأمل (واذا قال
لامر أنه أنت على حرام سئل

وقال الشافعي لافيء الابالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيا لكان حنثا ولنا انه اذا هابت كرا
المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق (ولو قدر على الجماع في المسدة
بطل ذلك التي وصار فيؤه بالجماع) لانه قد قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف (واذا قال
لامر أنه أنت على حرام سئل عن نيته فان قال أردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه
وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهر)

والى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعداً فالتى بالجماع وعند زفر باللسان وهو رواية عن أبي يوسف
لان الاحرام مانع من الجماع شرعا فثبت العجز فكان فيؤه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتف
وهذا لانه المنسب باختياره بطريق محذور فيلزمه فلا يستحق تخفيفاً (قوله وقال الشافعي لافيء
الابالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيا لكان حنثا) وضعف هذا لا يخفى على من له شمة لانه
حلف على الجماع فكيف يحنث بنفسه لغيره فان أراد بقوله لو كان فيا لكان حنثا لان التي
لا يكون الابالجماع فلو كان فيا لكان بالجماع فكان حنثاً لم صريح المصادرة والنص وهو قوله تعالى
فان فاؤا الايو جب تعين كون التي بالجماع لان معناه فان رجعوا عن عزمهم على ذلك الظلم وذلك يحصل
بارضاها بالجماع وبارضاها بالقول وعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة للعجزه ذلك فلا يتم ما قاله
والحق ان مذهب الشافعي ومالك وأحمد كقولنا ولو وطئها بعد التي باللسان في مسدة لا يبله لزمه
كفارة لتحقق الحنث لان يمينه باقية في حق الحنث وان بطلت في حق الطلاق (قوله وصار فيؤه
بالجماع) حتى لو لم يجامعها حتى مضت المدة وقع الطلاق وهذا لان المقصود عدم وقوع الطلاق عند
تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الاصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البذل
فيبطل حكم الخلف كالتميم اذا رأى الماء (قوله سئل عن نيته) هذا هو المذكور في كتب محمد
رحمه الله وهو جواب الرواية لان بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية وهو قول أبي بكر وعمر وابن
مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبيرة وغيرهم وعن علي
وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبي ليلى ومالك ان الحرام ثلاثة الا ان مالكا قال ينوي في غير المدخولة
ويروى عن علي رضي الله عنه التوقف وفيه نحو واحد عشر مذهبا غير ما ذكرنا (قوله لانه نوى حقيقة
كلامه) اذ حقيقة وصفها بالحرمه وهي موصوفة بالحلل فكان كذبا وعن هذا قال مسروق
والشعبي في التحريم انه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشيء وأوردوا كان حقيقة كلامه لانصرف اليه
بلانية لكسكم تقولون عند عدم النية ينصرف الى اليمين والجواب ان هذه حقيقة أولى فلا تنال الا

عن نيته) لانه يحتمل وجوها لا يمتاز بعضها عن بعض الابالارادة (فان قال أردت الكذب فهو كما قال) لا يقع طلاق ولا يكون بالنية
ابلا ولا ظاهرا (لانه نوى حقيقة كلامه) لان المرأة كانت حلالا له فقله أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه نظر لان الكذب
اذا كان حقيقة كلامه وجب ان ينصرف اليه ولا ينصرف الى غيره الا بقربة أو نية لان الحقيقة لا تحتاج الى شيء من ذلك (وقيل لا يصدق
في القضاء) ذكر الطحاوي والكرخي في مختصرهما ان القاضي لا يصدق في ابطال الابلاء (لانه يمين ظاهر) لكونه تحريماً للحلال كما ذكره

(قوله اذ لا حق لها فيه) أقول لسقوطه بعذره وهو عدم قدرة الرجل أو عدم قابلية المرأة كسقوط وجوب الوضوء بعذر (قوله لانسلم
ان الاصل في فيه الجماع) أقول يمكن أن يستدل على المقدمة المنوعة بقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم فان وعد المغفرة انما
يكون اذا حنث وذلك بالجماع فانهم اتفقوا على ان وعد المغفرة على التي لا يبله كما سبق

(وان قال أردت الطلاق) فان لم ينوشيا من العدد ونوى واحدة أو ثنتين (فهى واحدة بائنة وان نوى الثلاث فثلاث) لانه من الكتابات وقد تقدم البحث فيها (وان قال أردت الظهار فهو ظاهر فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ليس بظهار) نقله شمس الأئمة السرخسى عن النوادر لمحمدان الظهار تشبيهه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه (١٩٧) ولا تشبيهه هنا فلا يكون

ظهارا (ولهما أنه أطلق المحرمة) وهى تحتل أنواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق المحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق (وان قال أردت التحريم أولم أرد شيئا فهو يمين بصير به موليا) فان قسرها كفر وان لم يقر بها حتى مضت أربعة أشهر بات منه بالإبلاء اما اذا أراد التحريم (فلان الاصل فى تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا) لقوله تعالى يا أيها النسي لم تحرم ما أحل الله لك فى قوله قد فرض الله عليكم تحلله أيمانكم واما اذا لم يرد شيئا فلان المحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمة لان فى الإبلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفى الظهار ليس كذلك ولان المحرمة فى الإبلاء لا تثبت فى الحال ما لم تنقض أربعة أشهر وفى الظهار تثبت فى الحال واذا أريد به الطلاق وقع بائنا ويحرم الوطء والإبلاء لا يحرم الوطء فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمة تعينت لتيقنها وسيجيء الكلام فيه فى الأيمان ان شاء الله

(وان قال أردت الطلاق فهى تطليقة بائنة الا أن ينوى الثلاث) وقد ذكرناه فى الكتابات (وان قال أردت الظهار فهو ظاهر) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه (ولهما أنه أطلق المحرمة وفى الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد) (وان قال أردت التحريم أولم أرد به شيئا فهو يمين بصير به موليا) لان الاصل فى تحريم الحلال انما هو يمين عندنا وسنذكره فى الأيمان ان شاء الله ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله أعلم بالصواب

بالبينة واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتار وقيل لا يصدق فى القضاء قاله شمس الأئمة السرخسى بل فيما يمينه وبين الله تعالى لانه يمين ظاهر لان تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى أن قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فلا يصدق فى القضاء نية خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكر والاؤل قول الخلق وهو ظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث (قوله الا أن ينوى الثلاث) ولا تصح نية الثنتين الا فى الأئمة خلافا لفرق الزهرى ومرو فى الكتابات والتفصيل فيه بين كون المحللة حالة مذكورة الطلاق أولا ولو طلق امرأته طلقة ثم قال أنت على حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء ولو نوى الثلاث وقعت ثنتان فمكملت الثلاث (قوله وان قال أردت الظهار فهو ظاهر) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف كذا ذكره القدورى وليس مذكورا فى ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحائكم الشهيد فى مختصره ولا الطحاوى وانما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد وجه قوله ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو منتف وفي جوامع الفقه نقل عن محمد انه ظهار اذا نوى به الظهار على ما عرف النقل به عنه (قوله ولهما أنه أطلق المحرمة الخ) حاصله ان المحرمة أعم من المحرمة التى هى ظهارا أولا والاعم يحتمل الخصوصية فنية الظهارية محتمل كلامه لانية خلاف ظاهره فيصدق قضاء (قوله وان قال أردت التحريم أولم أرد به شيئا فهو يمين بصير به موليا) ونص فى المحيط انه خلاف قول محمد حيث قال فان نوى اليمين أولم ينوشيا كان يميناً وينصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنيسة هكذا قال محمد ومن مشايخ نزع من قال تدخل امرأته بلانية فتبين وصحح فى هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امرأته قالت زوجهما حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذلك حلال المسلمين ثم على قول محمد رجه الله اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب عن اليمين فيحذف بآى ذلك وجد فاذا تناول شيئا من الطعام أو الشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين أن يتناول قليلا أو كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا بآى كل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنيسة واذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ولو نوى الطلاق فى نسائه واليمين فى نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين (قوله ومن المشايخ) هم المتأخرون لما ظهر من العرف فى ذلك حتى لو قال لامرأته ان تزوجتك فحلال الله على حرام فزوجهما تطلق ولهذا لا يخلف به الرجال ولو قالت هى أنا عليك حرام كان يميناً وان لم تنوفل ومكنته حنث وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاقها غير نواو تطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق

تعالى (ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق بدون النية) قال أبو بكر الاسكاف وأبو جعفر الهندوانى وأبو بكر بن سعيد قال الفقيه أبو الليث وبه أخذ لان العادة جرت فيما بين الناس فى زمانها هذا أنهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله تعالى أعلم

في القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغيناني لا أقول لا تشترط النية لكن يجعل ناوياً عرقاً ولا فرق بين قوله أنت على حرام أو حرمتك على أولم يقل على أو أنت محرمة على أولم يقل على أو أنا عليك حرام أو محررم أو حرمت نفسي عليك ويشترط قوله عليك في تحريم نفسه فلم يقله لا تطلق وإن نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله أنت معي في الحرام بمنزلة قوله أنت على حرام وفي الفتاوى لو قال لامرأته أنت على حرام أو حلال الله على حرام فهو على ثلاثة أوجه إما أن كانت له امرأة أو أربع أو لم يكن له امرأة إن كان له واحدة فقد ذكرنا وإن كان له أربع طلقت كل واحدة تطليقة وإن لم يكن له امرأة لم يتركه كفارة عین وعلى فتوى الأوزجندی والإمام مسعود الكشاني يقع واحدة وعليه البيان قال في الذخيرة والخلاصة هو الأشبه وعندى أن الأشبه ما في الفتاوى لأن قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة فإذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوائق لأن حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله احدا كن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع باثناً ولو قال ان فعلت كذا حلال الله على حرام ثم قال لامرأتي آخرا فعلت كذا حلال الله على حرام ففعل أحدهما حتى وقع طلاق باثنان ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين بن نجى أن يقع كلوا قائلاً معلقاً دون الأول **فروع** تتعلق بالإبلاء لو قال لا قربتك مادمت امرأتي فأبائها ثم تزوجها لم يصير مولياً وبقر بها لا حنث ولو قال ان قربتك فعلى ان أنحمر ولدى صح الإبلاء خلافاً للزفر بناء على انه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزم فيه شيء عند زفر ومالك يوجب فيه نحر جزور وروى عن أبي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن المولى ووطئها انحلت وسقط الإبلاء ولو قال للنسائه الأربع والله لا أقرب يكن يكون مولياً من كلهن حتى لو مضت أربعة أشهر بن جميعاً وقال زفر لا يكون مولياً ما لم يبطأ ثلاثاً منهن لأن الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فقربان الثلاث يمكنه بغير حنث فلا يكون مولياً منهن بل من الرابعة فكأنه قال ان قربت ثلاثاً لم تكن فوالله لا أقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون مولياً منهن فلما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطء كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه عين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها ولو قال لهن والله لا أقرب احداً كن جعلنا مولياً من واحدة وقال زفر مول من الأربع حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب احداً هن بانت واحدة منهن وعلى الزوج ان يعينها وعنده بن كلهن لأن قوله احداً كن واحدة منهن سواء ولو قال لا أقرب واحدة منهن يصير مولياً منهن جميعاً فكذا هذا قلنا احداً كن لانهم لا يسمونه ولذا لا يصح ان يقال لكل احداً هن على درهم واما واحدة منهن فنسكرة منقبة فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجتيه والله لا أقرب احداً كما مضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو بين قبل مضى المدة لا يصح كالأول طلاق احداً بن عجي الغد وبين قبل الغد واذا بين بعد المدة وتعينت المدة ثم مضت أربعة أشهر أخرى فعند أبي يوسف لا تسن الاخرى وكذا اذا لم يبين وقال تبين لان التبين باقية ما لم يحنث ولما زالت مزاجاة الاولى بالبيان تعينت الاخرى للإبلاء كالأول مات احداً ما وله انه آلى من احدهما لا منهنما واحداً هن البتة نسكرة حتى تم لانهم امضاة وتعينت فلا تبين الاخرى وفي المحيط لو قال ألتصا على حرام يكون مولياً من كل واحدة منهما ويحنث بوطئها ولو قال والله لا أقرب بكما لا يحنث الا بوطئهما والفرق ان ههنا حرمة اسمها تعالى لا تتحقق الا بوطئهما وفي قوله ألتصا على حرام صار إبلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود في كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون مولياً عند أبي حنيفة وروى أبو يوسف عنه انه يبطل إبلاءه واذا اختلفا في التي مع بقاء المدة فالقول له لانه يملك التي وبعد مضى المدة فالقول لها لانه ادعى التي في حالة لا يملك فيها والله سبحانه الموفق

﴿ باب الخلع ﴾

آخر الخلع عن الابلاء لمعتين أحدهما ان الابلاء تجزده عن المال كان أقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثاني ان مبنى الابلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالباً فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بما لها وهو في الشريعة عبارة عن أخذ مال من المرأة بأزاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة ١٩٩ معاوضة على قول أبي حنيفة

﴿ باب الخلع ﴾

(واذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس أن تقتديا بنفسهما بما لهما من الخلعها به) لقوله تعالى فلا جناح عليهما أنما افتدت به (فإذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة

﴿ باب الخلع ﴾

هو لغة التزاع خلع توبه ونعله ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال وخلعها وتخلعا صبح منها المفاعلة ملاحظة للإبادة كل الآخر كالنوب قال تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن وفي الشرع أخذ المالك بأزاء ملك النكاح والاولى قول بعضهم إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوي والفرق بخصوص المتعلق والقيس الزائد وقول بعضهم هو إزالة ملك النكاح ببدل ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه وببدل فيما يليه فالصحيح إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينة لا مطلقاً ولا الجري فيه الخلاف في أنه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعي مما صدقات المفهوم اللغوي لان التزاع مطلقاً أعظم من كون متعلقه أمراً حسياً ومعنواً كقيس النكاح بمقابلته شيء أو لا لم يبعد ولا يشاق في ذلك النقل كما غلط من جعل أصول الفقه غير متقول لأن دراج حقيقة في مطلق مسمى الأصول لغة لان تخصيص الاسم بالأخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا وصفته انه عين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى أحكام البين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها عند أبي حنيفة وعندهما هو عين من الجانبين وستأتي غمرة الخلاف (قوله اذا تشاق الزوجان) أي تخصما (وخافا) أي علما كقوله

ولا تدفني في القلاة فأننى * أخاف اذا ماتت ان لا أذوقها

أي أعلم وحدود الله تعالى ما حدته من الواجب التي أمر أن لا تتجاوز وهذا الشرط خرج مخرج الغالب اذا باعته على الاختلاع غالباً ذلك لأنه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقته ما كذا قيل وقديقال جواب المسئلة في كلام القدوري الاباحة فانه قال لا بأس أن تقتدي بنفسهما بما لهما من الخلعها به وبإباحة الاختدمها مشروطة بمشاقته فهو معتبر شرطاً في ذلك (قوله فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) هذا حكم الخلع عند جماهير الأئمة من السلف والخلف وذهب المزي إلى أن الخلع غير مشروع أصلاً وقيدت الظاهرية صحته بما اذا كرهته وخاف أن لا يوفيهما حقها وان لا يوفيه حقها ومنعته اذا كرهها هو وقال قوم لا يجوز الا باذن السلطان روى عن ابن سيرين وسعيد بن جبيرة والحسن وقالت الحنابلة لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق

﴿ باب الخلع ﴾

(قوله والخلع نشوز)

أقول أي مبنى الخلع (قوله فقدم ما بالرجل الخ) أقول ولانه لا يحصل القرقة بالابلاء الا بعد مدة بخلاف الخلع فكان نسبة الابلاء الى الخلع نسبة الطلاق الرجعي الى البائن (قوله وحكمه وقوع الطلاق البائن) أقول يعني عندنا (قوله انه من جانب المرأة معاوضة الخ) أقول ويعين من جانب الزوج قال المصنف (واذا تشاق الزوجان) أقول قال ابن الهمام هذا الشرط خرج مخرج الغالب اذا باعته على الاختلاع غالباً ذلك لانه شرط معتبر المفهوم وقديقال جواب المسئلة في كلام القدوري الاباحة فانه قال لا بأس وإباحة الاختدم مشروطة بمشاقته اه وفيه فروع تأمل (قوله فاذا فعل ذلك) أقول وقال الرجل خالعتا وقبلت المرأة

ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن الآن ذكر المال أغنى عن النية هنا
ولانه لا تسلم المال الا تسلم له انفسها وذلك بالبينونة

لا يتقص عددا للطلاق وقال آخرون يقع ويكون رجعيا فان راجعها رد البذل الذي أخذه رواه
عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيدين المسيب قال فكان الزهري يقول ذلك وجه قول
المرئي ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به نسخ حكمها بقوله تعالى وان أردتم استبدال
زوج مكان زوج وآيتم احداهن قطارا فلا تأخذوا منه شيئا أجيب بأنه متوقف على العلم بتأخر
هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وبكذا الثاني ولان هذا النهي متعلق بما اذا أراد الزوج
استبدال غيرهما مكانها والآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو أراد بالنسخ
تقديم حكمها على المطلقة في تلك الصورة أعني صورة ارادة الزوج الاستبدال بهما من غير نشوز منها كان
حسنا وحاصلا انه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو حينئذ وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب
مبنى على تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضوع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا
لانا اذا قلنا بتعارضه كان الحكم الثابت حينئذ وجوب الترجيح اذا أمكن والترجيح ثبت للحرم على
المبيح لان فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة
لا بحكم التخصيص وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لبسوت
الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص بخروج منه بعض الافراد كما في لاصلاة بعد الفجر
والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار
وايجابا كقوله صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة
والا فانفس كونه عاما لا يقتضي التقديم لعين مضمومة بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل الجواب القول
بوجوبها وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ما ذكر المصنف بقوله كره له ان يأخذ يعني
كرهه التحريم المنتهضة سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبي في جوابهم تأويل الآية في الحل
والحرمة لا في منع وجوب المال وتلك لان الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان المعارضة تنفي
القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه اراد ما ذكرنا وسيأتي ما هو الحق فيه ان شاء الله تعالى
وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي في القديم ما روى عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست
بطلاق رواه الدارقطني عنه وروى عبد الرزاق عنه لوط بن رجل امرأته تطليقتين ثم اختلفت منه
حل له ان يشكها قالوا ذكر الله تعالى الطلاق في أول الآية وفي آخرها والخلع بينهما وروى نافع مولى ابن
عمر انه سمع ربيع بنت معوذ بن عقراء تخبر ابن عمر انه اختلفت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء
عها الى عثمان فقال ان ابنة معوذ اختلفت من زوجها اليوم أفنتنقل فقال عثمان لتتنقل ولا ميراث
بينهما ولا عدة عليها الا انهما لا تنكح حتى تحيض خشيعة أن يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان
خيرنا وأعلمنا فهو لاه أربعة من الصحابة فان ربيع وعها صحبا بيان قالوا بذلك ويستدل عليه أيضا بالآية
قال تعالى الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسرع بإحسان الى أن قال فلا جناح عليهما فيما
اقتدت به ثم قال فان طلقها يعني الثالثة المفاد شرعيتها بقوله تعالى أو تسرع بإحسان على ما أسلفناه من
التقري في فصل فيما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان الطلاق أربعاء والثاني منتف
وأضافا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعق وعدم الكفاءة فلا مانع
من كونه كذلك في الافتداء قلنا أما هذا الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا لا يوجب كون
الواقع في الواقع أحد الجانبين بعينه وهو أنه فسخ أو طلاق فلا يفيد وأما الآية في النظر الى نفس التركيب
يفيد بعد غاية التنزل ان الافتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما أفاد شرعية

(ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات) فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض وفوى به الطلاق وقع (والواقع بالكناية بائن) فاذا قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط أجاب بقوله (الآن ذكر المال أغنى عن النية ههنا) وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية (ولانه لا تسلم المال الا تسلم له انفسها وذلك بالبينونة)

الثلاث وبين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البذل بخلص من قيد النكاح وأخذها منها من غير تعرض لكونه غير طلاق أو طلاقا هو الثالثة أو لافتعين أخذها من خارج البتة وهذا أوجه من قولهم بين الثالثة بعوض وبغيره لانه لا يحتاج الجواب اليه كما سمعت ولانه يقتضى أن لا يشرع الخلع الا بعد تثبتين بل انما نص على شرعية الثلاث وبين حكم آخر هو جواز الاقتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك وأما ما ذكره عن عثمان فبنته ليس فيه سوى أنه قال لا عدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة وأصل هذا ما روى من حديث ابن عباس ان امرأة نابت بن قيس اختلعت منه فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة فسمى الحيضة عدة رواه أبو داود والترمذي والحاكم وصححه ثم رأينا صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة نابت بن قيس بأنها طلقة على ما في البخاري انه قال له اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعنى العدة المعهودة للطلقات والشارع ولاية الايجاد والاعدام فهذا يفيدك بتقديره حتمه عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا على ان الذي تعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع ان ربيع بنت معوذ جادت هي وعمرها الى عبد الله بن عمر فأخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها أو عدتك عدة المطلقة وقال بلقناع عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب أنهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم انه قول أربعة من الصحابة ممنوع لانه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع أقضية النبي صلى الله عليه وسلم وآى الاحكام وعلم المتأخر والمتقدم وصار أهلا للاجتهاد بل يلد بعضهم من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع وعمرها ذلك فانما قد استفتيا عثمان فقال له - ما ما قال فاعتقدها فليس في المعنى الا قول صحابي لان المقصود قول أهل الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو مستف بما روى عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق الا قول ابن عباس وذلك ما روى مالك عن أم بكرة الاسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفع الى عثمان رضى الله عنه فأجاز ذلك وقال هي طلقة بائنة لان تسكونى سميت شيئا فهو على ما سميت ولا نعرفه فيه الا أن جهان لم يعرفه الامام أحمد فرد الحديث لذلك وهو جهان أبو يعلى أو أبو العلى مولى الاسلميين ويقال مولى يعقوب القبطى بعد في أهل المدينة تابعيا روى عن سعيد بن أبى وقاص وعثمان بن عفان وأبى هريرة وأم بكرة الاسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الرضى وغيرهما وقال ابن حبان في الثقات هو جد جدة على بن المدينى فهى ابنة عباس بن جهان روى له ابن ماجه حديثا واحدا في الصوم عن أبى هريرة لكل شئ زكاة وكافة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فلهذا صرح أصحابنا بنقل مذهبان عن عثمان وابن مسعود وعلى رضى الله عنهم ثم يعارضه قول غيره بل المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسند ابن أبى شيبة حديثا على بن هاشم عن ابن أبى ليلى عن طلحة بن مصرف عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود رضى الله عنه قال لا تكون طلقة بائنة الا في فدية أو ابلاء وروى عن علي أيضا وتقدم ما روى عنه عثمان وقال عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن داود بن أبى عاصم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة ومراسل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لانه من كبار التابعين وكبار التابعين قل أن يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عن صحابي وان اتفق غيره نادرا فعن ثقة هكذا تتبعت مراسيله وبه يقوى ظن حجية ما رواه المصنف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع طلقة بائنة وكذا ما أخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدى وأعله بعباد بن كثر الثقفى من ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وان كان لا يصح على طريق أهل الشأن لان الحكم بالضعف انما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الامر فجاز أن يقوم دليل الصحة في نفس الامر مع الضعف في الظاهر وهما نظر على أصولنا وهوان

قوله جهان هو عثمان كما
في القاموس ووقع في
أسماء الرجال جهان
بتقديم الهاء وقال بضم
الجيم وفتح الهاء والنون في
القاموس هو الموافق
لنسخ كتبه مصححه

ابن عباس رضي الله عنهما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس ان امرأته ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتدين عليه حديثه قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة واطلقها تطليقة ثم ان ابن عباس قال بأنه فسح وعمل الراوي عندنا بخلاف روايته ينزل ينزل روايته للناسخ اللهم الا ان يثبت رجوعه كما قالوا والله أعلم به والجواب أن بتقدير ان ثابتاً طلقها امتثالاً لامره صلى الله عليه وسلم لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع بل يصير طلاقاً على مال فقول ابن عباس بعد ذلك الخلع فسح كلام في مسألة أخرى حينئذ ما يأتي من تسمية الراوي له خلعة حيث قال وكان أول خلع في الإسلام بمعنى أول طلاق بمال لان الظاهر ان المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها امثال قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيراً ما يطلق الخلع على الطلاق بمال وعلى كل حال فالظاهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما يه من المرفوع الصريح الذي لا يقاومه النقل التقديري ولو تركنا الكل بتعارض ورجعنا الى النظر في المعنى أفاد ما قلناه من ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله (ولانه) أي الخلع (من الكنيات) حتى لو قال خلعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا لان حقيقة الخلع لا تتحقق الا به وقد قدمنا في الكنيات انها عموماً بل بحقائقها والنكاح قائم بالرجعي فلم يخلع ثم لم يخرج عن ذلك الا بد كمال المال وذلك لا يقتضي خروجه عن حاله وأيضاً هذه فرقة بعد تمام النكاح والاصل فيه كونها طلاقاً لانه هو المعهود والحل على ما عهدوا جب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما أريناك والفرقة بخيار البلوغ والعقود وعدم الكفاءة قبل تمامه لان النكاح فيه خيار إذا بلغت وعققت وخيار المولى فكان ذلك امتناعاً عن اتمامه بمعنى وأيضاً ملك النكاح ضروري لانه وارد على الحسرة فينتج دبر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتسب هذا الملك في حق الفسخ وأما وجهه من قال لا بد من اذن الامام فلم أره ويطهر ان قوله تعالى فان خفتن ان لا يقيم احد ود الله فلا جناح عليهما فانه تعالى شرعه مشروطاً بالخوف الأئمة والحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى فان خفتن وهذا فرع الترافع اليهم وان كان خطيباً فلا تأخذوا الا زواج فهو غير مستغرب في القرآن ان يكون خطيباً بان يتلوا أحدهما الآخر والمخاطبون بأحدهما غيرهم بالآخر والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع من الموطن بقيدان الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه به ولم ينكره وكذا ابن عرجين يجمع به فأفاد عدم فهمهم ما ذلك فيكون المراد من الآية اذن الأئمة من تمكنهم من الخلع اذا خافوا عليهم ما عدم القيام بالموجب فيما اذا ارتفعوا اليهم لانه لا بد من الترافع اليهم وعلى اعتبار هذا المنهزم عن عدم هذا الخوف بالقول والفتوى وتبين حينئذ انه ليس مباحاً لقوله صلى الله عليه وسلم المختلعات هن المناقشات رواه الترمذي وفيه وفي أبي داود عنه صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها من غير ما بأس به لم ترح رائحة الجنة لا بالحكم بعدم النفاذ والصحة اذا وقع وأما وجهه من قال انه رجعي فذكر بعضهم فيه ما لا حاصل له ولا غبار على الوجه المذكور في الكتاب فيه وهو انها اعتبارات المال لتسلم لها نفسها والله تعالى شرع الاقتداء لذلك والاولو كان رجعيها لم يحصل الغرض الذي شرع لاجله ولانه معاوضة والزوج فذلك المال حكماً للصحة هذه المعاوضة فلا بد من ان تلك نفسها حكماً لها تحقيقاً لها كما في جانبه والله سبحانه أعلم (قوله الا ان ذكر المال) استدراك مما يتوهم لزومه على قوله انه كناية من افتقاره الى النية ومقتضاه انه اذا أنكرها يصدق قضاء وليس كذلك قالوا لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمبارأة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بأن يقول بارتك على ألف أو بمثل نفسه أو طلاقك على ألف وعند عدمه يصدق في انكارها قضاء في الخلع والمبارأة لا في لفظ الطلاق

قوله (وان كان النشوز من قبله) يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة اذا استعصت عليه وأبغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهي كراهة كل واحد منهما صاحبه (يكره له ان يأخذ عوضا لقوله تعالى وان أردتم (٣٠٣) استبدال زوج مكان زوج وآتيت

احداهن قطارا فلا تأخذوا منه شيئا أناخذونه بهتاناً وانما مبيناً) فان قيل النهي ورد عن فعل حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية

ثم هو مؤكد بتوا كيدهي قوله أناخذونه بهتاناً وانما مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف الجواز مع الكراهة أوجب بأن النهي وان ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الإباحة فلا بعدم المشروعية في نفسه كافي قوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا الدواب كراسي والى هذا أشار بدليله الثاني وهو قوله ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشها بأخذ المال (وان كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاهما) وفي الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لطلاق ما تلونا به (أى أو لا يعنى قوله تعالى فلا جناح عليكم ما فيما افقذت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره) (ووجه الرواية الاخرى) أى رواية القدورى وهي رواية كتاب الطلاق فى الاصل (قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا) وقصتها

(وان كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضا) لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج إلى أن قال فلا تأخذوا منه شيئا ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشها بأخذ المال (وان كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاهما) وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لطلاق ما تلونا به (أى أو لا يعنى قوله تعالى فلا جناح عليكم ما فيما افقذت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره) (ووجه الرواية الاخرى) أى رواية القدورى وهي رواية كتاب الطلاق فى الاصل (قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا) وقصتها

والبيع لانها صريحة بحد كرهه في الكافي فأجاب بأن ذكر المال يغني عنها اذ هو قرينة ظاهرة على ارادة الطلاق ضمن المعلوم انه لا يستحقه الا بسببه (قوله وان كان النشوز من قبله كره له ان يأخذ منها شيئا) لقوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا نهى عن الاخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه وتقدم ما قيل من ان ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشئ اذ لا معارضة في التحريم فان اطلاق نفي الجناح في آية المطلقة مقيد بالمساقاة فان الآية هكذا ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتوهن شيئا الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به والنهي في الآية الاخرى مقيد بانقراده بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض في حرمة الاخذ على انه لو تعارض كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة اخذ مال المسلم بغير حق وفي امساكها للرغبة بل اضرارا وتضييقا لقطع ماله في مقابلة خلاصه من الشدة التي هي فيها معه ذلك وقال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل قطعي على حرمة اخذ مالها كذلك فيكون حراما الا انه لو اخذ جازي الحكم كما ذكره المصنف آخره أى يحكم بصحة التملك وان كان بسبب خيبت وعلاه بقوله (لان مقتضى ما تلونا به) يعنى قوله تعالى فلا جناح عليكم ما فيما افقذت به (شيئا ان الجواز حكما) يعنى الصحة والنفاذ في القضاء فانه ذكره مشبها بأخذ الزيادة وقد قال فيها جازي القضاء (والاباحة وقد ترك في حق الاباحة لمعارض) وهو قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الآية فبقى معمولا به في الباقي أى الجواز في القضاء لا يقال الجواز هو الاباحة ويتلزمان وجودا وعدمالا نأقول ان معنى الاباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر ومعنى الجواز من جازى أمر وبعد فهو النافذ شرعا أى الصحيح وهو المعتبر بسبب الترتب الا نأثر الشرعية فهو أعم من كونه مع الحل أو الحرمة كافي كل نهى عن أمر شرعى لم يعم فيه دليل شرعى على انه لعينه كالببيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم وهنا كذلك فالأخذ حرام في حال عدم نشوزها وان كان برضاها ولو فعل كان أخذه سببا للتملك كافي البيع فيما قلنا حيث يملك بسبب ممنوع لا يقال النهى هنا عن أمر حسي في عدم وجوده شرعا فيضرحه عن انتفاء سبب مفيد الحكم المالك كالنهى عن الزنا لان ذلك مقتضاه اذ المبدل الدليل على ان النهى لغيره لعينه وهذا دل على انه لزيادة الإباحة ولقائل أن يقول اذا ترك في حق الاباحة لمعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعا وذلك لان دلالة على النفاذ ليس الادالة التزامية للإباحة لان دلالة المطابقة على الاباحة اذهى المعنى المطابق لنفي الجناح ويلزم من ثبوت الاباحة النفاذ فاذا ارتفعت الاباحة ارتفعت بلازمها الا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم وعلى هذا يظهر قول الظاهرية (قوله لا طلاق ما تلونا به) أى أو لا وهو قوله تعالى فلا جناح عليكم ما فيما افقذت به يعنى بطريق دلالة لا عبارته فان عبارته رفع الجناح عند مساقتهما ولا شك ان في مساقتهما مساقته فاذا كان له أن يأخذ ما افقذت به مطلقا فيما فيه مساقته منه فأخذ ذلك فيما لا مساقته منه فيه أولى (قوله ووجه الاخرى قوله عليه السلام فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا) وقصتها

ماروى ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فقامت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكنى أخشى الكفر فى الاسلام لشدة بغضى أباه فقال أتردين اليه حديثه فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا

(قوله فقالت لا أعيب) أقول العيب المأخذه والغضب من باب ضرب ومنه هذا الحديث

(وكان التشوز منها) بماروينا من الحديث فكان قوله أما الزيادة فلا يفتي بإباحة أخذ الفضل على ما ذكره وإذا انتفى الإباحة كان مكرها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك إذا أخذ التشوز منه لأن مقتضى ما تلونا) من قوله تعالى فلا جناح عليهم ما فيها اقتدت به (شيان الجواز حكما) أي جواز أخذ الزيادة في القضاء (والإباحة) أي بإباحة أخذ الزيادة هكذا أفسر الشارحون كلام المصنف رحمه الله وفروا بين العبارتين بأن كل مباح جائز دون العكس لأن الجواز ضد الحرمة والإباحة ضد الكراهة فإذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنفى الإباحة أيضا وإذا انتفت الإباحة ثبت ضدها وهو الكراهة ولا يفتي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة (وقد ترك) يعني ما تلونا (٣٠٤) (في حق الإباحة لمعارض) وهو قوله صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا تكونه فيها المعنى في

وقد كان التشوز منها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء) وكذلك إذا أخذ التشوز منه لأن مقتضى ما تلونا شيان الجواز حكما والإباحة وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقى معمولا في الباقي ذكر الزيادة وقد رويت مرسل ومسندة فروى أبو داود في مراسيله وابن أبي شيبه وعبد الرزاق كلهم عن عطاء وأقرب الاسانيد سند عبد الرزاق قال أخبرنا ابن جريح عن عطاء قال جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال أتدين عليه حديثه التي أصدقك قالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا وأخرجه الدارقطني كذلك وقال وقد أسنده الوليد عن ابن جريح عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح وأخرج عن أبي الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول وكان أصدقها حديفة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتدين عليه حديثه التي أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا ولكن حديثه قالت نعم فأخذها وخلى سبيلها اه قال سمعته أن أبو الزبير من غير واحد ثم أخرج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيعه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتدين عليه حديثه التي أعطاه فقال نعم فأخذ منها حديثه ولا يزداد ورواه من طريق آخر وسماها حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا رواه الإمام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الانصارية وزاد فيه وكان ذلك أول خلع في الإسلام فقد علمت أنه لاشك في ثبوت هذه الزيادة لأن المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا إذا اعتضد برسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الأول أو بسند كان حجة وقد اعتضد ههنا ما جيعا وظهور لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب وفي اسم أبيها عبد الله بن أبي بن سلول أو سلول أو سهل والمسئلة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر بن عبد الله بن محمد بن نفيل أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فحوصم في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره بأخذ عقاص رأسها فادونه وذكر أيضا عن ابن جريح عن مومي بن عقبة عن نافع أن عمر جاءته مولاة لا مرأته اختلعت من زوجها من كل شيء لها ومن كل ثوب حتى نقبتها وروى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت إليه امرأة نشرت على زوجها فقال خلعهها ولومن قرطها ذكره جاد بن سلمة عن أيوب عن كثير بن أبي كثر وذكر عبد الرزاق عن معمر بن ليث عن الحكم بن عتيبة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه لا يأخذ منها فوق ما أعطاه ورواه وكيع عن أبي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن أبيه عن علي أنه كره أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه وقال طاوس لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه وأورد أن شرط قبول خبر الواحد أن

غيره وهو زيادة الإباحة كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية (فبقى معمولا في الباقي) وهو الجواز وفيه بحث من وجهين أحدهما أن النهي أغاورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهية الأخذ فليس الحديث متصلا بعمل النزاع والثاني أن الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الأول أن الرد إذا كان غير مباح وهي ناشئة فكان الأخذ منها وهو غير ناشئ أولى أن لا يكون مباحا فكان متصلا بعمل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بأن المعارض للكتاب إذا أخذ وهو ناشئ قوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج إلى قوله فلا تأخذوا منه شيئا والكتاب يجوز أن يعارض الكتاب وإذا عارض الكتاب بالكتاب

لا يعارض

جاء بعده أن يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعدم معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة

(قوله أولى أن لا يكون مباحا الخ) أقول فيه بحث إذا ذكره من الأولوية غير ظاهر (قوله قوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج إلى قوله فلا تأخذوا منه شيئا) أقول قال ابن الهمام فيه نظر لأن النهي عن الأخذ في هذه الآية مقيد بنشوز وحده واطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص اه أقول ممنوع بل يخوف كل منهما أن لا يقيم حدود الله وذلك يحصل بنشوز الواحد فاته إذا نشرت المرأة فقط يجوز أن يخاف الرجل من استيلاء الغضب عليه فلا يقيم حدود الزوجية وكذا إذا نشر الرجل فتأمل

(وان طلقها على مال) مثل ان قال أنت طالق بالف درهم أو على ألف درهم (فقبلت وقع الطلاق ولزم المال) لان هذا تصرف معاوضة بعقد أهلية المتعاضدين وصلاحيه المحل والكل حاصل اما أهلية الزوج (٣٠٥) فلا نه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعلقا

لا محالة وقد علقه بقبولها بدالة مقام المعاوضة فان الحكم فيه متعلق بالقبول وأما أهلية المرأة فلا نه علق التزم المال لولا نه على نفسها واما صلاحيه المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتراض عنه وان لم يكن مالا كالتفصيص فانه ليس بمال وجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله كذا في بعض الشروح (واذا وقع الطلاق كان بائنا لما بيننا) انها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها (ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحدا البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهما النفس تحقيقا للساواة قال وان بطل العوض في الخلع) اذا خالع المسلم امرأته على خرا وخزير أو ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شيء والطلاق رجعي أما الاشرار في وقوع الطلاق فانه علقه بقبولها وقد قبلت واما الاقتراح بينهما بالبنوة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية عما تقدم والواقع بها بائن اذا لم يكن

(وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعلقا وقد علقه بقبولها والمرأة علق التزم المال لولا نه على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتراض عنه وان لم يكن مالا كالتفصيص (وكان الطلاق بائنا) لما بيننا ولا نه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحدا البدلين فتملك هي الآخر وهي النفس تحقيقا للساواة قال (وان بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خرا وخزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا) فوقع الطلاق في الوجهين للتعلق بالقبول واقتراحه ما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية في الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى نصير غارته ولانه لا وجه الى إيجاب المسمى للاسلام ولا الى إيجاب غيره لعدم الالتزام

لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله فلا جناح عليكم ما قبما اقتدت به أوجب اذا خص منه شيء أو عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا لنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا فكان في الحقيقة معاوضة الكتاب بالكتاب فجاز التسليم لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوز واحد واطلاق الاخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص لان مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض مناولاته تخصيصا لا يقال أخذ الزيادة أيضا غير متناول المطلقة لانها في نشوزها ونشوزها واحد ليس بنشوزها لاننا نقول ثبتت اباحة أخذ الزيادة في نشوزها وواحد بطريق أولى كباينا وعلى هذا فيظهر كون رواية الجامع أوجه نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون محمل منعه صلى الله عليه وسلم بائنا من أن يزداد المحل على ما هو الاولى وطريق القرب الى الله سبحانه وانه أعلم (قوله ولو طلقها الخ) صورته أن يقول أنت طالق على ألف أو بألف أما لو قال وعليك ألف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسأني وقوله فقبلت وقع الطلاق أي غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة وأمة اختلفت باذن سيدها حتى يتباع فيه وان اختلفت بغير اذنه لا تطالب الأبعد العتق وهذا بناء على جعل على الشرط واعتبار الفعل المقدرا لقبول الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والمعنى لذلك كره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الاداء والى هناية التفسير ولا بد من كون القبول في المجلس وزاد في النهاية قوله ولو قلنا بتعليقه بالاداء كانت كلمة على الشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله أنت طالق على ان تدخل الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج الى ان المعنى ان أدبت فانت طالق وهو الشرط المحض وهو مضى في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على أداء الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه عين من جانبه أو الجانيين فليست هذه الزيادة محتاجا اليها في التفرير لاستغناء الدليل عن ذلك واعلم ان تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرد هو فيما يتحقق فيه التحقيق اما فيما يحتمل فلا فلذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك متى بك كذا فقالت قبلت قبل يصح مطلقا وقبل لا يصح مطلقا وقال الققيه أبو جعفر بن تويج ان الزوج ان اراد به التحقيق دون السوم يصح وهو المختار للفقوى (قوله لما بيننا) يعني قوله ولا نه الا لتسلم المال الا لتسلم لها نفسها (قوله وهي النفس) أنت ضمير الآخر وهو مذكر لتأنيت اسمه الآخر أعني النفس (قوله وان بطل العوض في الخلع الخ) حاصله انه اذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل

من الالفاظ الثلاثة وهذه الالفاظ ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلانه ما سمت مالا متقوما لتبصر غارته ولانه لا وجه لزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسليمه ولا الزام غيره لعدم الالتزام به

(بمخلاف ما اذا خالغ على خل بعينه فظهر خرا) فانه يلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند أبي حنيفة وعندهما كبل مثل ذلك من خل وسط وهذا الصداق سواء لانها سمت (٣٠٦) مالا وغرة بذلك فكانت ضامنة لان التغير في ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل ما الفرق

بين هذا وبين ما اذا كاتب أو أعنت عبده على خريجه تكون الكتابة فاسدة وان أداها عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله (وبمخلاف ما اذا كاتب أو أعنت على خريجه تبج قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضى بزواله بجنا أم ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما ذكر وبمخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقهاء شريفة فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهار الشرفه فأما الاسقاط فنفسه شرفه فلا حاجة الى ايجاب المال

فاما ان يكون موقعا بلطف الطلغ أو الطلاق ففى الخلع يقع بائنا وفي الطلاق يقع رجعا ان كانت مدخولا بها وهى دون الثلاث وترك المصنف التقييدها بالاشهارا لى الحال فى الطلاق الثلاث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد وفيه ما مع الا يجب شى لزوج وجه الحكم الشامل ان ملك النكاح فى الخروج غير متقوم ولذا لا يلزمه شى فى الطلاق اجماعا واباحة الافتداء ليس وضعا لتقومه شرعا والالتصاف القيمة ولو بالنوع كهر المثل فان اسمى غير المتقوم فى غير المتقوم كان راضيا بسقوطه بجنا وجه الافتراق ان لفظ الخلع من الكتابات التى لها دلالة على قطع الوصلة لانه من خلع الخلف والنقل والتقص وقد مر ان الكتابات عوامل بحقائقها فاما حقيقة قيمته منها قطع الوصلة كان الواقع به بائنا وما لا فرجى ولفظ الخلع من الاول بمخلاف لفظ اعتدى واستبرجى رحلك وأنت واحدة على ما سلف فانما يقع بهار جى ولفظ الطلاق صريح لا يقتضى البينة ولو لا ثبوت هذا الاعتبار عندنا فى الكتابات لقلنا بالرجعى فيها كقول مالك وأحمد والشافعى بمخالفنا فى هذا الاعتبار فى الكتابات على ما سلفنا فيها وقال هذان الواقع بان بناء على أنه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض فى المهر وهو ضعيف لانه مع الفارق فان الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتنا عن المهر لم يمت قيمته وهى مهر المثل ولم يجعله متقوما حالة الخروج لما ينافى يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفى كتب المالكية لو خلعها على حلال وحرام كنهر ومال صح ولا يجب له الا المال قيل هو قياس قول أصحابنا وهو صحيح وفى جوامع الفقه خلعها على عبد نفسه لا يلزمها شى لانه مال لا تسخه بحال وعرف مما قررنا ان اقتصاره على قوله لانه من الكتابات لا يستلزم البينة (قوله بمخلاف ما اذا خالغ على خل بعينه لانها سمت ما هو مال وهو ليس مال فيصير مغرورا) فيرجع عليها فعند أى حنيفة ترد مهرها وعندهما مثل كمل انخر خلا وسطا كافى الصداق على ما تقدم فى باب المهر ولو علم الزوج بكونه خرا لا شى له (قوله وبمخلاف ما اذا كاتب أو أعنت على خري) او نحوهما هو مال لكنه ساقط النقوم واحترزه عما لو كاتب على ميتة أو دم فان الكتابة حينئذ باطلة حتى لو أدى الميتة أو الدم لا يعتق وهما فاسدة فلأبدى النخر عتق وعليه قيمة نفسه (لان ملك المولى فيه متقوم) ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاخفى كتمه ابتداء (وما رضى بزواله بجنا) لانه لو رضى لنخر عتقه ابتداء فتسمية مال غير متقوم فى المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن دفعه ولا ايجاب المسمى لنفسه ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه لانه اذا تعذر البديل فى موضع لزومه تبج قيمة البديل ولقائل أن يقول ان عنى بكون العبد متقوما عند الخروج أو حالة البقاء لزوم قيمته عند خروجه شرعا فمنع وان عنى امكان الاعتراض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يفسد هذا الفرق فى الرجوع بينهما فى تسمية النخر والخنزير والجواب المراد أمر ثالث وهو كونه له قيمة فى الواقع بان الشرع قوم أولا يبيع أو هبته وليس هذا فى البضع حالة الخروج (قوله والفقهاء فيه) أى فى لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج (انه) أى البضع (شريف) فلم يشرع تملكه الا بعوض فأما الاسقاط فنفسه شرف أى يحصل به شرف البضع لا تخلص به من المملوكية (فلا حاجة الى ايجاب المال) اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه

بين هذا وبين ما اذا كاتب أو أعنت عبده على خريجه تكون الكتابة فاسدة وان أداها عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله (وبمخلاف ما اذا كاتب أو أعنت على خريجه تبج قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضى بزواله بجنا) فلما لم يقدر على تسليم البديل لعدم تقومه لم يمت قيمة البديل وهو الرقة المتقومة (أما ملك البضع فى حالة الخروج غير متقوم على ما ذكر) بعيد هذا بقوله (والفقهاء) فلا يلزمها شى وهذا الجواب بالنسبة الى العبد نظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى المالك لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البديل فسدت الكتابة وأما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البديل فساد الخلع وانما عتق المالك اذا أدى النخر المسماة لان فى الكتابة تعليق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط قيل وفى قوله على خريته لو يبع الى أنه لو كاتب على ميتة أو دم فالكتابة باطلة حتى لو أدى لم يعتق ولا تبج القيمة

وقوله (وبمخلاف النكاح) للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شى (لان) البضع فى حالة الدخول متقوم) ولهذا اذا تزوج المريض امرأة بغير مثلها كان من جميع المال (والفقهاء) ما ذكره وهو واضح (قوله لانها سمت مالا) أقول لتعليل لقوله يلزم عليها رد المهر

قال (وما جاز أن يكون مهرًا في النكاح جاز أن يكون بدلًا في الخلع) كل ما جاز أن يكون مهرًا في النكاح جاز أن يكون بدلًا في الخلع ولا ينعكس (لأن ما يصلح أن يكون عوضًا للثقوم أولى أن يصلح عوضًا للغير) ولا ينعكس فإذا اختلفت منه على ما في بطون غنمها جاز وله ما في بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امرأة على ما في بطون غنمها وجب مهر المثل لأن التسمية غير صحيحة لتكون ما في البطن ليس بمال في الحال وإن كان بعرضية أن يصير ما لا بالانفصال لكنها (٣٠٧) بالنظر إلى ذلك تكون في معنى الإضافة

أو التعليق واحدًا عوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والإضافة فكذلك العوض الآخر وأما الخلع فاحد عوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الإضافة والتعليق بالشروط فكذلك العوض الآخر فأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المال وإذا صحت التسمية فله المسمى إن وجد وإن لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لأنها ما غرته لأن ما في البطن قد يكون ما لا متقومًا وقد يكون ربحًا (فإن قالت له خالعي على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تغره بتسمية المال) لأن كلمة ما عامة تتناول المال وغيره (وإن قالت خالعي على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لأنها لما سميت ما لا لم يكن الزوج راضيًا بالزوال مجانا ولا وجهه إلى إيجاب المسمى وقيمتها للجهالة) أي أي جهالة كل واحد منهما ويجوز أن يكون معناه

قال (وما جاز أن يكون مهرًا جاز أن يكون بدلًا في الخلع) لأن ما يصلح عوضًا للثقوم أولى أن يصلح عوضًا للغير المتقوم (فإن قالت له خالعي على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها) لأنها لم تغره بتسمية المال (وإن قالت خالعي على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها) لأنها لما سميت ما لا لم يكن الزوج راضيًا بالزوال إلا بعوض ولا وجهه إلى إيجاب المسمى وقيمتها للجهالة ولا إلى قيمة البضع أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حاله الخرج فتعين إيجاب ما قام به على الزوج دفعًا للضرر عنه (قوله وما جاز أن يكون مهرًا جاز أن يكون بدلًا في الخلع) ولا ينعكس كلما قال الصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرًا والبعض لا كالأقل من العشرة وما في يدها وما في بطن غنمها وما في بطن جاريتهما يجوز وله ما في بطونها ولا يجوز مهرًا بل يجب مهر المثل والفرق أن ما في البطن ليس ما لا في الحال بل في المال فكان تعليقًا بالانفصال من البطن وأحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق فكذلك الآخر أعني المال ولا يقبله ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن في بطونها شيء حالة الخلع فلا شيء له وما حدث في البطن بعد الخلع لها لاله لأنها غير غارة إذ ما في البطن لم يتعين كونه ما لا إذا ظهر بطون كونه ربحًا أو مينة فلا يلزمها شيء ويصح التأجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالخصاد والدباس لا الفاحشة كالطير وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التأجيل يجب المال حالًا وهذا لأنه ما كان أسقاطًا حتى جازت عليه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح جازًا للجھول وإلى الأجل الجھول المستدرك للجهالة وعلى هذا الأصل يجوز اختلاعهما على زراعة أرضها ورکوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوتهم أو خدمة الأجنبية لأن هذه تجوز مهرًا وفي الخلاصة قالت طلقني على أن أؤخر مالي عليك فطلقها فإن كان التأخير غاية معلومة صح به التأخير وإن لم يكن لا يصح والطلاق رجعي على كل حال وكذا لو طلقها على أن تبرئه عن الكفالة التي كفلهم الهامع فلان فالطلاق بائن انتهى كآثان الأول ليس فيه مال لأن مطالبته لا تسقط بل تتأخر بخلاف الثاني لتحق سقوط المال أو مطالبته إياه به (قوله أولى أن يصلح عوضًا للثقوم) وهو البضع حالة الخروج بخلافه حالة الدخول فإنه متقوم وعن هذا جاز تزويج الابن الصغير على مال الصغير ولم يجز أن يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولو تزوج المريض بمهر مثلهما ينقذ من جميع المال ولو اختلفت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الأقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث وإن لم يخرج له الأقل من الارث والثلث إذا ماتت وهي في العدة فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن كان يخرج من الثلث (قوله لأنها لم تغره بتسمية المال) لأن ما في يدها قد يكون متقومًا وقد يكون غيره فكان بذلك راضيًا أن لم يكن ما لا أو كان ومثل هذا أقولها على ما في بيتي أو ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء لا يلزمها شيء لأن الشيء يصدق على غير المال فإن كان فيه شيء حال قولها فهو له كله ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها مهرها لا ضرر والوجه ظاهر في الكتاب وقوله (لا وجهه إلى إيجاب المسمى) أي ما مته المرأة وهو المال (وقيمتها للجهالة) قيل عليه

للجهالة المسمى وإن كان المسمى مجهولًا كانت القيمة أكثر جهالة (ولا إلى قيمة البضع أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حاله الخروج) كما تقدم (فتعين إيجاب ما قام البضع به على الزوج دفعًا للضرر عنه)

(قوله لكنها بالنظر إلى ذلك) أقول إشارة إلى قوله بعرضية أن يصير ما لا قال المصنف (ردت عليه مهرها) أقول قال ابن الهمام قيل عليه يجب أن يلزمه ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم ما عرفت في الإقرار وهو مذهب أحد الجواب للجهالة الفاحشة فوجب الفساد ولأن كون أقل ما هو مال درهم ممنوع اه وأنت خير بان كون أقل ما هو مال درهم مذکور ومصرح به في كتاب الأقراء

وقوله (ولو قالت خالعي على مافي يدي من دراهم) واضح وقوله (وكلمة من ههنا لصلته) اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة درهمان أو درهم يجب أن لا يجب عليها شيء غير ذلك لأن كلمة من للتبعض وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح التكوينين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدون فهو للتبعض كما في قوله أخذت من الدراهم وكل موضع لا يصح فيه بدون فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانهم لو قالت خالعي على مافي يدي دراهم اخلت الكلام واذا لم تكن للتبعض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم واعتراض بأن ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قولها دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها مافي يدي ويكون تقديره خالعي على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلا أيضا ويكون تقديره خالعي على الدراهم واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد (٣٠٨)

(ولو قالت خالعي على مافي يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليا ثلاثة دراهم) لانهم سميت الجمع وأقوله ثلاثة وكلمة من ههنا لصلته دون التبعض لان الكلام يخل بدون (فان اختلفت على عبد لها أبقى على انها برية من ضمانه لم تبرا)

يجب ان يلزمها ما يصدق عليه اسم المال وأقوله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب أحد درجة الله والجواب ان الجهالة توجب الفساد ولان كون أقل ما هو مال درهمان ممنوع (قوله لانهم سميت الجمع وأقوله ثلاثة) فان قيل هذا في قولها دراهم ظاهر أما في المحلى فينبغي أن يلزمها درهم لبطان الجمعية باللام الى الجنسية وهو يصدق بالفرد فينبغي أن يلزمها درهم فالجواب ان ذلك عند عدم امكان العهدة فاما ان أمكن اعتبار كونه المراد وهو كذلك هنا فان قولها على مافي يدي أفاد كون المسمى مظهر فابيهدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو مما صدقات لفظة ما هو مبهم ولفظة من وقعت بيانا ومسند دخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذ كر في قوله تعالى وليس الذ كر كاللاني للعهد لئلا يمدد كره في قوله مافي بطي محررا وان كان يخالفه في كون مدخول اللام هنا واقعا بيان للعهد بخلافه في وليس الذ كر كاللاني لان المراد بلفظ ما فيه متعين لان المنذور للبيعة انما هو الذ كر ولانه لا يكون للجنس الاعتدال امكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس في لا اشترى العبد لا مكان الاستغراق في النفي دون لا اشترى العبد لعدم الامكان فيصحت بشراء عده واحد بالاول ولا يبر بشراء عده في الثاني بل بشراء ثلاثة وبهذا التقرير يتبين لك ان من لبيان الجنس لاصلة كما ذكره المصنف ألا ترى الى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذي موضعها موصولا بمدخولها حال كونه خبر المبتدا الذي هو ضمير المبهم هكذا مافي يدي الذي هو الدراهم بقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان لصدق الرجس الذي هو الاوثان اللهم الا أن يكون له في لفظ الصلة اصطلاح وما قيل ان تعين الثلاثة فيما اذا لم يكن في يدها شيء لان البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة دفع بأنه فرع تقوم البضع في الخروج وهو منتف وفيه نظر لان المراد انه لما لم المال من قولها على مافي يدي من الدراهم وكان البضع محترما فالظاهر أن يراد ببدل اسقاط الملك عنه ما هو معتبر والدراهم الواحد وان صدق عليه الجنس الذي صار اليه الجمع غير ذي خطر ولذا لم يقطع العضوبه بخلاف الجمع فانه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيجعل عليه جلالا دلالة بالعين المذكور كما انه يحتمل على الفرد معين لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره (قوله على انها برية) يعني ان

فلم لو كان في يدها درهم واحد وجب ان يكتب في به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضرن لانه اذا كان تقدير كلامها خالعي على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب وعن الثاني لان سلم انه لا معهود ثم بل مافي يدها معهود بالاشارة اليها (فان اختلفت على عبد لها أبقى على انها برية من ضمانه) يعني ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلمه اليه والا فلا شيء عليها (لم تبرا)

(قوله وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح التكوينين) أقول فيكون له في لفظه اصطلاح (قوله ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدون فهو

للتبعض الخ) أقول تقدم في آخر فصل المشيئة ان من في قوله طلق نفسه من ثلاث ما شئت للتبعض عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يصح الكلام بدون (قوله لان قوله دراهم يجوز ان يكون بدلا الخ) أقول ويصح فاجتنبوا الرجس من الاوثان على البدلية (قوله واللام اذا دخل الجمع الخ) أقول اعترض ثان (قوله والجواب عن الاول الخ) أقول اذا كان مراد المعترض عدم صحة ما ذكر تقريره على تلك الضابطة من كون كلمة من الصلة دون التبعض مع انها حقيقة فيه كما تقدم لم يتوجه هذا الجواب (قوله وعن الثاني باننا لا نسلم انه لا معهود ثم بل مافي يدها معهود بالاشارة اليها) أقول وأنت خير بان هذا المقدار من التعيين لا يكفي في المعهودة ألا ترى انهم لم يكتبوا في معهودة الذ كر في قوله تعالى وليس الذ كر كاللاني بأن مافي بطنها معهود بل ضموا ذلك كونه محررا فليست أمثل

وحده

أقول تقدم في آخر فصل المشيئة ان من في قوله طلق نفسه من ثلاث ما شئت

وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا تقتضيه العقدة فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل (٢٠٩) سلمنا ان الخلع لا يبطل بهالكن

ينبغي ان تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجوع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة اوجب بان العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شيء واذا فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستعجلة لكونها انتظم أنواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما وجب تسليم المسمى بوجوب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضا اوجب بان استحقاق التسليم فوق استحقاق التسليم فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تلك الشيء لا تنفعا به وذلك بالتسليم واشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله (وعلى هذا النكاح) يعني اذا تزوج امرأة على عبد ابق على أنه برى من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الخ (واذا قالت

وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت) لانه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح (واذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) لانها مطلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلاث الالف وهذا لان حرف الباء يعصب الاعراض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال

وحدته سلمته والافلاشي عليها (قوله وعليها تسليم عينه الخ) هذا فرع صحة التسمية وانما صححت في الخلع لان مبناه على المسامحة بسبب انه اعتياض عن غير مال فالعجز عن تسليمه لا يقضي الى المنازعة في القيمة فتدفع وكذا لو اخالها على عبد الغير صححت ووجب تسليمه ان رضى سيده والافقيته وهذا بطريق أول لانه يجوز التزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع عليه أولى بخلاف البيع لان مبناه على المسامحة فالعجز يقضي اليها وهو لم يشرع الا لقطعها فلا يجوز تسمية الا بقية فيه وبخلاف ما اذا خالعه على دابة وعلى أن تزوجه امرأه وتغمرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع مهرها لان الجهالة متفاحشة لا تختلف الاجناس فلا يمكن ايجاب شيء مسمى بعينه ولا قيمته بخلاف ما نحن فيه لانه يمكن تسليمه او قيمته وغاية الامر أن يكون كسمية عبد وسط فاذا صححت التسمية اوجبت تسليم المسمى فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لانه اشتراط عدم البذل في عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لانه يصح وان كان مقتضى العقد بوجوب سلامته كما وجب أصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب أصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما لان وجوب مطلق الشيء يقتضي كماله لان المغيب فائت من وجهه فكان الموجب الأصلي هو العيب فاشتراط نفيه اشتراط نفي نفس مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لانه اثباته ثم اسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه وذلك لا يخل باثبات مقتضاه أو نقول السلامة انما هي مقتضى العقد الذي لم يشرط فيه عدمها وهو المطلق لا غيره بخلاف أصل البذل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فأت في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجعت عليها بالمهر الذي أخذته لانها غرته بتسمية العبد ولو كان حيا فاستحق لزومها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه ذكره شمس الأئمة ويجب في صورة ما اذا كان مات قبل الخلع ان كان الزوج علم بذلك أن لا يجب له شيء كما قدمنا في الخل المعين اذا ظهر خراؤه يعلم وفي كافي الحاكم وان اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجعت عليه بقيمته كاستحقاق وكذلك لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج ورده وأخذ قيمته (قوله فطلقها واحدة) أي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء (قوله فعليها ثلث الالف) وبه قال الشافعي وعن مالك تقع بالالف وعند أحمد تقع بغير شيء والدعوى موقوفة على اثبات التلازم بين طلبها الثلاث بألف وطلب الواحدة بثلاثة فأنبته بقوله ان الباء تعصب الاعراض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة والاخلابعضه عنه فيكون بهضه بلا عوض لكن الغرض ان لا تبرع بشيء منه لكن لازم هذا جعل كل طلبة بمقابلة ثلث الالف والمطلوب وهو طلب كل طلبة بثلاثة لازمه لانه اذا كان العلم محيطا بالانقسام في نفس الامر يكون طلب الجلبة بعوض طلب كل جزء منه بكل جزء منه لكن يبقى فيه أنه انما هو طلب الطلقة بمحضها حال كونها مع الطلقتين الاخرين لا منفردة فبايقاع الواحدة فقط ايقاع غير المسؤول فيقع بغير شيء وهو وجه قول الامام أحمد فاذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الأول وهو جعلها كل طلبة بثلاثها وجعله نظير من يقول لغيره

(٢٧ - فتح القدير ثالث)

(قوله ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب) أقول فان الأصل هناك باق فيجوز العقد

(وان قالت طلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ولا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا وقعت تطليقة بائنة بثلاث آلاف لان الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة (وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى أن قولهم أجل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء) وإذا كان معاوضة (٢١٠) انقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض (ولابي حنيفة أن كلمة على

للشرط) أي تستعمل للشرط مجازا (قال الله تعالى يابعدك على أن لا يشركن بالله شيئا) أي بشرط عدم الاشتراك بالله (ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخل في الدار كان شرطا) ويجوز المجاز ما ذكره المصنف أنه استعمل للشرط لانه يلزم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم (وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على غليك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني أن ما ذهبتم اليه مجاز وما ذهبنا اليه مجاز آخر وليس أحد المجازين بأولى من الآخر فإن اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز أن يقبله تبعاً لمتبوعه وان لم يقبله مستقلاً وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتضاييف وبين الشرط والجزاء بالذات وكان جعله للشرط مجازاً أقرب إلى حقيقة المجاز

(وان قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى الرجعة وقالاهي واحدة بائنة بثلاث الألف) لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى أن قولهم أجل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء وله أن كلمة على للشرط قال الله تعالى يابعدك على أن لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخل في الدار كان شرطا وهذا لانه يلزم حقيقة واستعمل للشرط لانه يلزم الجزاء وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر وإذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق وعلى الرجعة

بيع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف فباع أحدهم بثلاثه يجرى باعتبارانه تحصيل بعض المقصود كذا هذا بل أولى فإن مقصودها الاصل ملكها تنفسها بقطع ملكه غير أنها ذكرت إحدى صورتين ذلك وهو الثلاث بعد علمها بجمعة كل منها فبانتها واحدة تحصيل أصل المقصود في صورة أخرى فهو أولى بجوازه بحصته بخلاف عدم الجواز في قوله بعثك هذه العبد الثلاثة بألف كل واحد بثلاثه فقبل في واحد لا يجوز على قول أبي حنيفة فإنه مانع وهو تقرير الصفقة فإنه ضرر على البائع لان عادة التجار ضم الجيد إلى الرديء في الصفقة ليرجوا الرديء فالتقبول في بعضها الحاق الضرر به وبخلاف ما لو قال لها أنت طالق ثلاثا بألف فقبلت في واحدة لا يقع شيء ولا يجب شيء لان الزوج هناك راض بالبينونة مقابل بثلاث آلاف حيث كان الاتباع منه وفي هذه لم يرض بها الا وان يكون بازائها ألف ولم يوجد منه بعد الا يجب ما يدل على الرضا ولو قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها ثلاثا متفرقة في مجلس واحد استحق الألف استحسانا وفي الأخيرة قالت طلقني ثلاثا على ألف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة واحدة يلزمها الألف لانها التزمته بازاء حرمة الغلظة وفي المرغبات لو قال أنت طالق أربعاً بألف فقبلت طلقت ثلاثاً بألف ولو قبلت الثلاث بالألف لم يقع وفي الخلاصة قيل الفصل الرابع في الامر باليد عن أبي يوسف لو قالت طلقني أربعاً بألف فطلقها ثلاثاً فلهي بالألف ولو طلقها واحدة فبثلاث الألف (قوله وهذا لانه يلزم حقيقة واستعمل للشرط) بين أن قوله قبله أن كلمة على للشرط مراده مجازاً وفي النهاية لا يتم تعليل أبي حنيفة إلا على تعليل المسوط حيث ادعى أنها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها مستعارة للشرط لهما أن يقولاً لم صارت تلك الاستعارة أولى من استعارتها للمعنى الباء بل استعارتها للمعنى الباء أولى لان حقيقة الالتزام بالاتفاق والمناسبة بين الاصاق واللزوم أكثر منها بين الالتزام والشرط ثم نقل ما في المسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذا الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه اذ لا يعدل إلى المجاز مع امكان الحقيقة والحق أن يقال انها حقيقة للاستعلاء اذا اتصلت بالأجسام المحسوسة كفت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على رأسي وهو محمل اطلاق أهل العربية كونها للاستعلاء وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو قوله يابعدك على أن لا يشركن بالله شيئا أي بشرط ذلك ونحوه أنت طالق على أن تدخل في الدار وما يجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبيع هذا على ألف وأجله على درهم والعرفية كافتل كذا على أن أنصرك أو أعطيك أو أشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يعم فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون مدخولها ما لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضاً حتى لا تنقسم أجزاؤه

الأقرب إلى الحقيقة أولى على ما عرف في الاصول (قوله على ما مر) أراد به قوله لان حرف الباء يصحب الاعواض على (وإذا لم يجب المال كان طلاقاً مبتدأ) غير مبني على سؤالها (فوقع وله الرجعة)

(قوله فكانت المناسبة بينهما) أقول أي بين على والشرط (قوله وبين الشرط والجزاء) أقول أي جنسهما

(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند أبي حنيفة وكذا لو قال لعبدك أنت حر وعليك ألف فقبل
وكذلك الحكم إن لم يقبلا وقال على كل واحد منهما ألفا إذا قبلوا وإذا لم يقبلا لا يقع الطلاق والعناق) ويعلم من هذا أن الخلاف في
موضعين أحدهما أن المرأة أو العبد إذا قبل المال وقع الطلاق والعناق مجازا عند أبي حنيفة ولا يعتبر بقبولهما وعندهما يجب على المرأة
والعبد المال والثاني أنهما إذا لم (٣١٣) يقبلا المال يقع الطلاق والعناق عنده كما إذا قبلوا وعندهما إذا لم يقبلا يقع (لهم) أن هذا

(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قال لعبدك أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد
وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة) وكذا إذا لم يقبلا (وقال على كل واحد منهما ألفا إذا
قبل) وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعناق لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فإن قولهم أجل هذا
المتاع ولئلا ندرهم عتق قولهم بذرهم وله أنه جله تامة فلا ترتبط بمقابله الإبدالة إذا أصل فيها الاستقلال
ولادلالة لأن الطلاق والعناق ينفكان عن المال

ينتهي الحرب معهم هذا ثم في قوله أن أعطيتني يشترط الإعطاء في المجلس لوقوع الطلاق وفي قوله
إذا أومتى أعطيتني لأحاجة إلى الإعطاء في المجلس وهذا يمين أن معنى المعاوضة ملاحظ وإن ذكر
بصرح الشرط وسند كنهه من مختصر الحاكم وأما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلا نية معاوضة
من جانبها حتى صرح رجوعها إذا ابتدأت قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا إضافتها والمبادلات
تستدعي جوابا في المجلس فإذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر بقبولها إن ذلك وفي جانبها هو يمين على
ما سنده كره في فرع قال لأجنبية أنت طالق على ألف فإن تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول
الابتداء للزوج ولم يحك خلافا في جوامع الفقه وغيره جعل هذا قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف إذا
قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت والحق قول أبي حنيفة لأنه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده
(قوله ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبدك أنت حر وعليك ألف) أو قالت هي أو العبد
طلقتي أو اعتقتي ولك ألف في ابتداءه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما ولا شيء له قبلا أو ردا
وفي الثاني يقع إذا أجاب ولا شيء له وقال لا يقع شيء ما لم يقبلا فإذا قبلوا وقع ولزهما المال لهما أن هذا
الكلام يقع لقصد المعاوضة حتى إن قوله للخياط خطه بولك درهم وللعمال أجره ولئلا ندرهم بفيدها
ويلزم المسمى المعلوم بإرادة تسبب الخياطة والمجلس كنه ترك لأحاطة العلم بإرادته وطريقة
إفادة اللفظ لذلك أن يجعل الواو للمحال فعنده الحاصل أنت طالق أو خطه في حال وجوب الألف على عليك
أولك على ولا يتحقق هذا الحال إلا بقبوله فعنده ثبت شرط الطلاق إذا أحوال شروط فيقع
عقبه ولزم المال فإن قيل انما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا قلنا
الخلع أيضا معاوضة وله أن قوله وعليك وقوله لهما ولك ألف جله تامة والأصل في الجملة التامة
أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود ولذا لو قال إن دخل فلان الدار فانت
طالق وضررتك طالق تطلق الضرر للمحال الإقرينة تفيد مشاركتها فيه كما في قوله إن دخلت فانت طالق
وعبدى حر فإن العتق يتعلق أيضا بالدخول لأن قوله وعبدى حر وإن كان تاما إلا أنه في حق التعليق
قاصر لأن الخبر الأول لا يصلح خبرا له بخلاف مسألة الضرر لأنه يكفيه أن يقول وضررتك إن كان غرضه
التعليق لأن خبر الأول يصلح خبرا له ولادلالة ههنا لأن الطلاق والعناق يلزم فيهما المال ومع عدم لزوم
فالكرام يأبون قبول بدلها أشد الإباء بخلاف الأجرة لأنهم لم تشرع الأمعاوضة فلا بد فيها من المال حتى
ولو قال للخياط خطه مقتصر الزم إذا خاطه أجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف

الكلام يستعمل للمعاوضة
فإن قولهم أجل هذا المتاع
ولك على درهم عتق قولهم
بذرهم (والخلع معاوضة
فتحمل الواو على معنى الباء
بدلالة حال المعاوضة كأنه
قال أنت طالق بألف درهم
فقبلت ولهما ههنا طريق
آخر وهو أن يجعل الواو
للمحال كأنه قال أنت طالق
في حال ما يجبل عليك
ألف ولا يكون ذلك إلا بعد
قبولها فإذا قبلت وجب
الألف ولا يخيصة رجه
الله أن قوله وعليك ألف
جمله تامة من مبتدا وخبر
وكل ما هو كذلك لا يرتبط
بمقابله الإبدليل إذا الأصل
في الجملة التامة الاستقلال
ولادليل ههنا لأن الطلاق
والعناق ينفكان عن المال
بل عادة الكرام فيهما الامتناع
عن قبول عوض

(قوله والخلع معاوضة الخ)
أقول أي من جهة المرأة
فيه بحث إذ قد سبق في
أول الباب أن الخلع يمين
من الجانبين عندهما
الآن يكون الكلام الزاميا

(قوله لهما أن هذا الكلام إلى قوله والخلع معاوضة) أقول كون الخلع معاوضة مسلم الآن الكلام في
كون هذا التصرف خلعا (قوله فتحمل الواو على معنى الباء) أقول فيه بحث (قوله ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو
للمحال إلى قوله ولا يكون ذلك إلا بعد قبوله الخ) أقول إذا أحوال شروط (قوله ولا يخيصة رجه الله الخ) أقول قال ابن الهمام
قالوا باقية على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى المال عليهما ابتداء انتهى محصل كلامه
إن المال في صورتين لا يلزم الإلزام بالقرار أو البينة وهما منفردان هنا إذا قبلوا ليس بأقرار

(بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه) أى دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلا (ولو قال أنت طالق على ألف على أنى بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت) طلقت فالخيار باطل (إذا كان للزوج وجاز أن إذا كان للمرأة أن ردت الخيار فى الثلاث بطل الطلاق وإن أجازت) الطلاق أو لم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق (ولزمها الألف عند أى خفيفة وقال الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها الألف لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ولا يفسخ بعد الانعقاد ههنا لان التصرفين) يعنى إيجاب الزوج وقبول المرأة لا يجهلان الفسخ من الجانبين أما من جانبه فلا يمين لانه ذك شرط وحرز معنى واليمين لا يقبل الفسخ وأما من جانبها فلا ن قبول المرأة مشروط تمام اليمين فإن عين الزوج تنهم يقبل المرأة فأخذ (٣١٣) قبولها حكم اليمين فى عدم

احتمال الفسخ (ولا ي خفيفة ان اطلع فى جانبها بمنزلة البيع) ألا ترى أنها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كفاي البيع وإذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه وأما فى جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراها المجلس ولا خيار فى الإيمان فان قيل قد ثبت أنه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ أجيب بأن كونه شرط عين لا يمنع أن يكون عليها كفاي نفسه كن قال لا خزان بعنك هذا العبد بكذا فعبدى هذا الآخر حراه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة أن يكون شرطا لليمين وإذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا لان كونه شرطا قائم بهذا الوصف وهو أنه تعليق مال

بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه (ولو قال أنت طالق على ألف على أنى بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وهو جاز أن إذا كان للمرأة أن ردت الخيار فى الثلاث بطل وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف) وهذا عند أى خفيفة (وقال الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها ألف درهم) لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يجهلان الفسخ من الجانبين لانه فى جانبه يمين ومن جانبها مشروطها فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هى دعوى مال عليها ابتداء وفى قولهما ذلك ألف إيجاب صلة مبتدأة وعدمها معا والمواعد لا يتعلق بها الزوم فيبقى الطلاق والعناق فيهما بلا بدل بخلاف قوله أذلى ألفا وأنت حر لان أول كلامه غير مفيد حكما معتبرا إلا آخره اذ لا معنى لامر بأدائها من غير موجب والقرينة فى حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليق العتق بأداء المال فيتوقف الوقوع عليه أما هنا فأول الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر وكذا أنها لانه التماس صحيح كثير إما بفرزد كره فلا يتوقف على مضمون آخره واعلم ان جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الانشاء وهو مننع على ما ذكره فى الأصول فيجب أن يكون واو الاستئناف وحينئذ ان ادعى أنها حقيقة فيه تبادر إليه المنع فيحتاج فى ترجيحه على الحال الى دليل والجواب ان احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل وبأحدهما يلزم المال وبالآخر لا يلزم بالشك على انامنع كون جملة أنت طالق انشائية وكذا أنت حر وقدمنا فى باب إيقاع الطلاق الدلالة على أنها خبرية والطلاق يقع عند مشرعا بالتطبيق الثابت ضرورة فارجع إليه (قوله فقبلت) أى الطلاق على حكمه من التزام المال والخيار (فالخيار باطل إذا كان للزوج) فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال (وهو جاز أن إذا كان للمرأة) فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار أو تنقضى الأيام فإذا كان ذلك وقع ولزمها المال (فان ردت الخيار فى الأيام بطل) الطلاق ولزوم المال (وهذا) التفصيل كله (عند أى خفيفة) ولا يخفى ان العبارة الجيدة أن يقال فان ردت اختيار الطلاق بأن قالت لا أختار الطلاق وعبارة فاضحان فان ردت الطلاق (وقال الخيار فى الوجهين باطل والطلاق واقع بمجرد قبولها) وعليها المال (وجه قولهما ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد) لانه لم يشرع الا فى عقد لازم كالبيع والكتابة (لا للمنع من الانعقاد والتصرفان أعنى إيجابه وقبولها) لا يجهلان الفسخ من الجانبين (أى لانه ولا منها) لانه فى جانبه يمين) انحصار تعليق الطلاق بقبولها المال (وفى جانبها شرطه) أى شرط هذه اليمين بتأويل الحلف فإذا قبلت كان ذلك وجودا للشرط وشرط اليمين إذا وجدت لا يتصور فسحها فتعذر فسحها ولم يمكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما مر فيبطل من الجانبين

(قوله فقبلت طلقت فالخيار باطل إذا كان للزوج) أقول العبارة المرتبة هكذا فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وطلقت والا فقله جاز عطف على باطل فتأمل كيف يكون المعنى فالاصوب تأخير طلقت عن قوله للزوج حتى لا يلزم المحذور (قوله فان عين الزوج تم الخ) أقول فى حق ترتب الاثر (قوله أجيب بأن كونه شرط يمين الخ) أقول فيه بحث فانه اذا باع العبد فيما ذكره من الصورة بالخيار يعنى العبد سواء فسخ البيع بعده بحكم الخيار أولا لوجود شرط اليمين وذلك مراده بعدم قبول شرط اليمين الفسخ فالظاهر منع وجود الشرط اذ الشرط هو القبول الموجب لوجوب الألف عليها وظاهر ان وجوبه بعد سقوط الخيار وهذا ما ل كلام الشارح آخر فليتأمل

ولا يحنيفه ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح
اشترط الخيار فيه أما في جانبها عين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان
وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق (ومن قال لامرأته طلقك أمس على ألف درهم فلم
تقبل فقالت قبلت فالة قول الزوج ومن قال لغيره بعث منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل
فقال قبلت فالقول قول المشتري) ووجه الفرق ان الطلاق بالمال عين من جانبها فالقرار به لا يكون
اقرارا بالشروط لصحته بدونها أما البيع فلا يتم الا بالقبول والقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول
رجوع منه

واذا بطل انبرم ما شرط فيه (وله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع) يعني معاوضة (ولذا يصح رجوعها) عنه اذا
ابتدأت قبل أن يقبل هو (ولا يتوقف على ما وراء المجلس) بالاتفاق بيننا حتى لو قامت فقبل هو أو قامت
ثم قبلت فيما اذا كان هو المتدعي لا يصح ولو ذكرته بصريح الشرط في الكافي للحاكم أي الفضل اذا
قالت ان طلقتنى ثلاثا فلك على ألف فان فعل في المجلس فله ألف وان فعله بعده فلا شيء له (وفي جانبها
عين) كما قال (حتى لا يصح رجوعه) بعد قوله أنت أوهي طالق على كذا أو بكذا (ويتوقف على ما وراء
المجلس) فلا يبطل الا أن ينقض مجلس خطابه أو مجلس بلوغها الخبر قبل أن يقبل ويصح تعليق
وأضافته حتى لو قال اذا جاء غدا فقد خالعك على ألف أو فقد طلقك على ألف وقبلت في الغد في مجلس
عليها وقع ولزمها المال ولا يصح قبولها قبل الغد لان نفس الإيجاب معلق بالشروط وهو عدم قبله
ولا يصح القبول قبل الإيجاب (ولا خيار في الايمان) فبطل خياره ويصح في البيع فيصح خيارها
وكونه شرط عينه لا يبطل حقيقته في نفسه ألا ترى انه لو قال ان بعثك هذا فعبدى حر يكون نفس
البيع شرط عينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم
والرد بالعيب وبالخيار بخلاف ما لو قال ان دخلت فانت طالق على انك بالخيار لا يصح لانه خيار في
الطلاق لا معاوضة فان قيل ثبوت الخيار في البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره
فالجواب أنا أثبتناه هنا بدلالة النص فان ثبوته في البيع لدفع الغبن في الاموال والغبن في النفوس أضرب
والحاجة الى التروى فيه أكثر فانه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها أبدا وهذا المعنى
يقف عليه كل اغوى بعده بشرعيته في البيع فكان بدلالة النص (قوله وجانب العبد في العتاق)
أي على مال (بجانبها في الطلاق) فيصح فيه شرط الخيار له اذا قال أنت حر على ألف على انك بالخيار ثلاثة
أيام (فرع) من صورته تعليق الخلع أن يقول ان دخلت الدار فقد خالعك على ألف فتراضيا عليه
فقطعت صح الخلع ذكره في علامة السنين من التخصيص لان التعليق من الزوج يجوز لانه طلاق وهذا
يفيد أن قبولها قبل الشرط وفي الوجه اذا قال اذا قدم فلان فقد خالعك على ألف واذا جاء غدا خ
كان القبول اليها بعد مجيء الوقت وقدم فلان (قوله فالقول قول الزوج) أي مع عينه وحقيقته
الفرق بين الصورتين ان قوله طلقك أمس على ألف اقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق اذ هو لازم
وجود الشرط لا لازمه والموجود بعده هذا منه ومنها اختلاف في وجود الشرط وهي تدعيه لنثبت
الطلاق وهو منكر غير مناقض اذ لم يقتض انكاره القبول رجوعه عن شيء مما أقربه والقول للمنكر
بخلاف قوله بعثك فانه اقرار بقبول المشتري اذ البيع لا يقوم الا به فانكاره قبوله رجوع عما أقربه فلا
يقبل حتى لو كان قال لها بعثك طلاقك أمس فلم تقبل فقالت بل قبلت كان القول قولها وقوله لعبده
أعنتك أمس على ألف فلم تقبل وبعثك أمس نفسك بألف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذا
المسئلة أخوات في كتب محمد رحمه الله تعالى هي قال لها قد طلقك واحدة بألف فقبلت فقالت انما
سألتك ثلاثا بألف فطلقتني واحدة فلك ثلثها القول للمرأة مع عينها فان أقاما البينة فالبينة بينة الزوج
وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع أو قالت اختلفت بغير شيء فالقول قولها والبينة

(وجانب العبد في العتاق)
مثل جانبها في الطلاق)
يعني يصح الخيار من العبد
اذا خيره المولى في الاعتاق
على مال كما يصح الخيار في
الخلع من جانب المرأة (ومن
قال لامرأته طلقك أمس
على ألف درهم فلم تقبل
فقال قبلت فالقول قول
الزوج ومن قال لغيره بعث
منك هذا العبد بألف
درهم أمس فلم تقبل فقال
قبلت فالقول قول المشتري
ووجه الفرق ان الطلاق
بالمال عين من جانبها فانه
تعليق الطلاق بقبولها
المال ولهذا لم يصح الرجوع
عنه (والاقرار به) أي باليمين
على تأويل الحلف أو
المذكور (لا يكون اقرارا
بوجود الشرط لصحته)
أي لصحة اليمين (بدونه) أي
بدون الشرط (أما البيع
فلا يتم الا بالقبول) ولهذا
يملك الرجوع قبل القبول
(فالاقرار به) أي بالبيع
(اقرار بما لا يتم الا به فانكاره
القبول رجوع منه) عن
الاقرار وهو غير مسموع

قال (والمبارأة كالخلع) المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكاً إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المبارأة والخلع (كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) كلهم والنفقة الماضية دون المستقبل لان المختلعة والمبارأة النفقة والسكنى (٢١٥)

الحاكم الشهيد في الكافي وهذا (عند أبي حنيفة) وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمي به وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة ولو كان مهرها الفاقا خلت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج بشئ في قول أبي حنيفة وفي قولهما ترجع عليه باربعائة ولو كانت قبضت الالف ثم اخلت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعا على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق فان كانت المرأة مدخولاً بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج ولا يتبع أحدهما الا بغير الطلاق بشئ وان كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشئ من المهر عند أبي حنيفة خلافاً لهما وأما اذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة وان لم يكن المهر مقبوضاً يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافاً لهما وأما اذا أبرأ أحدهما الآخر من المهر فالحق فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة

قال (والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة) وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمي به وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة

بينه الزوج أما اذا اتفقا انها سألته أن يطلقها ثلاثاً بالالف وقالت طلقتنى واحدة وقال هو ثلاثاً فاقول قوله ان كان في المجلس الا ترى انه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق في مجلس سؤلها الثلاث بالالف كان له الالف فغاية هذا أن يكون موقعاً للباقي في المجلس فيكون مثله وان كان في غير ذلك المجلس لزيمها الثلاث وان كانت في العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا الثلث الالف وان قالت سألتك أن تطلقتنى ثلاثاً على ألف فطلقتنى واحدة فلا شيء لك يعني على قول أبي حنيفة وقال هو بل سألتني واحدة على ألف فطلقتنى فاقول قولها على قول أبي حنيفة رضى الله عنه وان قالت سألتك ثلاثاً بالالف فطلقتنى في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره فقال بل الثلاث فيه فاقول لها وان قالت سألتك أن تطلقتنى أنا وضرتني على ألف فطلقتنى وحدي وقال طلقتمك وقد اقرت فاعن ذلك المجلس فاقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق باقراره وكذا ان قالت فلم تطلقتنى ولا هي في ذلك المجلس وفي مسألة خلع الثنتين بسؤال واحد تنبيه وهو انه اذا خلع امرأته على ألف كانت منقسمة على قدر ما تزوجها عليه من المهر حتى لو سألناه اطلاقهما على ألف أو بالالف فطلق أحدهما لم يملك المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى في ذلك المجلس أيضاً لم يملكها أيضاً حصتها لأن الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقها بعد ما اقرت فوافلا شيء له واذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فاقامت بينة فشهد أحدهما بالالف والاخر بالالف وخمسائة أو اختلفا في جنس الجعل فالشهادة باطلة وان كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد أحدهما بالالف والاخر بالالف وخمسائة والزوج يدعي ألفاً وخمسائة جاز شهادتهما على ألف وان ادعى ألفاً ونحو شهادتهما ولم يملكه الطلاق باقراره وكذا لا تجوز شهادتهما اذا اختلفا في جنس الجعل أيضاً الكل من مختصر الحاكم أبي الفضل للكلام محمد رحمه الله ولو اختلفا في مقدار العوض فاقول لها عندنا وعند الشافعي رحمه الله يتحالفان (قوله والمبارأة كالخلع) بفتح الهمزة مفاعلة من البرأة وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب وهو أن يقول بارأك على ألف وتقبل وقوله (يسقطان كل حق) الى آخره) مقيد بالمهر والنفقة الماضية اذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لان نفع البرأة منهما وان كانا من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى الا ان اختلفت على نفقة العدة تسقط دون السكنى لانها حق الشرع واطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سمي شيئاً في الخلع او لا وليس كذلك وجلته انهما ما أن لا يسمي شيئاً بان يقول خالعتك فقبلت وليد كراشي أو جميعاً المهر أو بعضه أو مالا آخر فان لم يسمي شيئاً ففيه ثلاث روايات احدها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه ان لم يكن مقبوضاً والثانية يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواء والسائلة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به أحدهما الا بخر وهو الصحيح على قول أبي حنيفة سواء كان قبل الدخول أو بعده مقبوضاً كان أو لاحقاً لا ترجع عليه بشئ ان لم يكن مقبوضاً ولا يرجع الزوج عليها به ان كان مقبوضاً كاه والخلع قبل الدخول

عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة وان لم يكن المهر مقبوضاً يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافاً لهما وأما اذا أبرأ أحدهما الآخر من المهر فالحق فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة

(قوله كلاهما يسقط الخ) أقول كلاهما مبتدأ (قوله والنفقة الماضية) أقول المفروضة (قوله سوى الصداق) أقول بالاتفاق

(محمدان هذه) أي كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب بسبب آخر أو عين في (٢١٦) يده لا يسقط بهما شيء من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وإن كانت من حقوق

محمدان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولا يوجب يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيهما الجانبين وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فتقتضاهما لا انفصال وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام ولا يوجب خيفته أن الخلع ينفي عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه

وهذا لأن المال مذكور عرفا بالخلع حيث لم يصرح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقريضة أن المراد الانفصال عنه وإن سمي المهر فإن كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله وإن كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وإن كان قبل الدخول فإن كان مقبوضا في القياس رجع عليها به ويقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان ألفا رجع بالف وخمسة مائة وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لأن المهر اسم لما استحقته المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لأنها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره قاضيان قيل وينبغي أن لا يجب إلا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع كما إذا خالعهما على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر حيث لا يجب عليها رد شيء منه وسيأتي وكما إذا سمي بعض المهر فإنه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ولكن قد يقال ينبغي أن يجب كل المسمى بالشرط لأن المهر اسم لما يجب تسميته في العقد غير أنه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول واشترط المهر له كان قبل الطلاق فينصرف إلى تمامه فإذا كانت قبضته ووقع الطلاق قبل الدخول رجع عليها بكلمة بالشرط وإن لم يكن مقبوضا في القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسة مائة لأنه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسة مائة بالطلاق قبل الدخول فيلتحقان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد وفي الاستحسان لا يرجع عليها شيء لما أن المهر اسم لما استحقته وهو خمسة مائة فيجب له بذلك ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتحقان قصاصا وإن سمي بعض المهر بان خالعهما على عشرة مثلاً والمهر ألف فإن كان بعد الدخول وكلمة مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها وإن كان غير مقبوض سقط عنه كلمة مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع وإن كان قبل الدخول وكلمة مقبوض في القياس يرجع عليها بستمائة مائة بالشرط وخمسة مائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين لأنه عشر مهرها قبل الدخول ورثت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وعلى ما بحثناه ينبغي أن يرجع بمائة وإن لم يكن مقبوضا سقط كله استحضاراً لعشره بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع وإن سمي ما لا آخر غير المهر فإن كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير وإن لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وإن كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شيء منه وإن لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع إذا عرفت هذا جئنا إلى الخلافية (وجه قول محمد رحمه الله أن هذه معاوضة) وأثر المعاوضة ليس إلا في وجوب المسمى لا في إسقاط غيره وصار كما إذا وقع بلفظ الطلاق على مال ولنا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وإن كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر (ولابي يوسف أن المبارأة من البراءة فتقتضي البراءة من الجانبين وأنه مطلق) في كل دين إلا أنا (قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض) فإن الغرض المبارأة من متعلقاته أما الخلع فأنما يقتضي فصلاً وانفصالاً وحقيقته تحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولا يوجب خيفته رضي الله عنه أن الخلع صلح وضع شرعاً لقطع المنازعة كما أنه بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح

النكاح (ولابي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة) والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين وذلك يقتضي براءة كل واحد منهما عن الآخر (وأنه) أي لفظ البراءة على ما قيل أو على تأويل المذكور (مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض) وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة أنما يكون بأدق ما وجب باعتبار تلك الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح أما الخلع فتقتضاهما الانفصال وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام (ولابي خيفته أن الخلع ينفي عن الفصل) ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون إلا عين وصل ولاصل إلا بالنكاح وحقوقه لازمة وقد صدر مطلقاً من غير قيد بالنكاح (كالمبارأة) فيعمل بالاطلاق كما في المبارأة في النكاح وأحكامه وحقوقه) قولاً بكل الفصل

فتمام

ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع فتسقط به وأنما تجب بعده شيئاً فشيئاً

(قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني شرح تاج الشريعة (قوله ونفقة العدة لم تكن واجبة الخ) أقول جواب سؤال

فتمام تحقيق مقصوده بجعله مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والاعاد على موضوعه
 بالنقص لان لفظه ولفظ المبرأة يفيد اطلاقها لذلك في المبرأة كما قال أبو يوسف ولفظ الخلع يفيد
 انخلع كل منهما عن الآخر دون أحدهما بعينه فانما اذا انخلع أحدهما عن الآخر على وجه الكمال
 بان ينخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك وثبوتة على هذا الوجه يسقط مطالبة كل منهما الآخر
 بموجب النكاح بخلاف لفظ الطلاق فإنه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح
 على أن على رواية الحسن عن أبي حنيفة أن الطلاق على مال كخلع يسقط به ما يسقط بالخلع وبخلاف
 دين آخر لان شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقا وبخلاف نفقة العدة
 فانها ليست من مواجب النكاح بل يحدث وجوب تعلقها بعده حتى لو شرط اسقوطها في الخلع سقطت
 باعتبار ما تستحقه وقت الخلع والباقي سقط تبعاً في ضمن الخلع أما لو لم تسقطها حتى انخلعت ثم
 اسقطت لا تسقط لاسقاطها حينئذ قصد المالم يجب فانما انما تجب شيئاً فشيئاً بخلاف ذلك الاسقاط
 الضمني وأما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية لا يصح اسقاطها بحال الا ان أبرأته عن
 مؤنة السكنى بان كانت ساكنة في بيت نفسها أو انما تعطى الاجرة من مالها فإنه يصح حينئذ التزامها
 ذلك وفي الفرية الا برأه وجد بعد وجود سبب النفقة فيصح وان لم تكن واجبة عنده قبل ما سبق هو
 الصحيح وما ذكره في الفرية بطل بالابراء بعد الخلع فإنه لا يصح لكن في الينابيع لو أبرأته عن نفقة
 العدة بعد الخلع صح قال هكذا ذكرها الطحاوي انتهى بخلاف الابرأه منها حال قيام النكاح لان الابرأه
 من النفقة المستقبل لا يصح هذا واقتل أن يقول الوجه الاول يقتضي سقوط المهر بالطلاق
 على مال والثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقاً مسقطاً لانه يفيد انطلاقها أي المرأة وانطلاقها
 عن الزوج يوجب مثله في حقه وتحقيق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال يقطع
 مطالبة كل الآخر بموجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه فالذي يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه
 الاول والتزام رواية الحسن عن أبي حنيفة في الطلاق على مال أنه أيضاً يسقط المهر كخلع والافالحال
 ما علمت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء أي بأن قال بعثك نفسك بألف فقالت اشتريت اخلاف
 المشايخ في أنه على قول أبي حنيفة رضي الله عنه كخلع والمبرأة أولاً وصح في الفتاوى الصغرى
 انه كخلع والمبرأة وترجح قول محمد رحمه الله تعالى بأنه عقد معاوضة فلا يرداد على ما تراعى عليه
 واللفظ وان كان ينفي عن الفصل والفصل وجد على مقدار رضايه فكيف يسقط غيره ذهول عن
 التحقيق فإنه إذا أنبأ عن الانفصال في متعلقات النكاح واقتضى ذلك ان تسقط مطالبة كل الآخر
 بالمهر ثم وقع التراضي على اثباته بحال فقد وقع التراضي على اثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك
 المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة ~~لا تنبيه~~ لا يسقط المهر بخلع الاجنبي بحال نفسه لانه
 لا ولاية للاجنبي في اسقاط حقها ذكره شمس الأئمة وكذا الامة إذا اختلعت من زوجها بغير إذن
 المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط وتباع في بدل الخلع وفيما اذا
 كان بغير إذنه لا تطالب به الا بعد العتق وأم الولد والمدبرة في الاذن يؤديان من كسبهما ~~فروع~~
 اذا شرط لبدل الخلع البراءة من نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مناصح ولزم والا
 لا يصح وفي المنتقى ان كان الولد رضيعاً صح وان لم يمين المدة وترضع حولين اه بخلاف القطيم وفي
 انطلاص امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو
 عشر ان نفقة صح الخلع ويجب ذلك وان كان مجهولاً يعني قدر النفقة وهذا ما علمت ان الجها لا غير
 المتفاحشة محتمل في الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزواج ان يأخذ قيمة النفقة منها ولها
 ان تطالبه بكسوة الصبي إلا ان اختلعت على نفقة وكسوته فليس لها المطالبة وان كانت الكسوة

(ومن خلع ابنته وهي صغيرة عمالهالم يحز عليها) لان ولاية الاب نظرية ولا تنظر لها فيه أي في هذا الخلع (لان البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث) والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم عماله قيمة ليست من النظر في شيء (بخلاف النكاح) فان الرجل اذا تزوج ابنته الصغيرة (٢١٨) امر آبه المثل صح لان البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض

بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهو من وجوه النظر واذا لم يحز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق أولا يقع فيه روايتان في رواية يقع وفي أخرى لا يقع ومنشأ الروايتين قول محمد في الكتاب لم يحز فانه يحتمل ان ينصرف الى الطلاق وان ينصرف الى لزوم المال والعصم ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال نص عليه في المتنقي فقال لان لسان الاب كلسانها ولو خالع امرأته الصغيرة على مهرها قبلت أو قالت الصغيرة لزوجهما خلعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره المصنف فقال (والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله) أي قبول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت الدار وغيره وفي ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في معنى اليمين والايان لا تجري فيها النيابة ولو انعقد من الاب انعقد

قال (ومن خلع ابنته وهي صغيرة عمالهالم يحز عليها) لانه لا تنظر لها فيه اذا البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يحز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مجهولة وسواء كان الولد رضيعا أو قطيعا ولو اختلفت على دراهم ثم استأجرها يسد الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استأجرها به على امسالك القطيع بنفقة وكسوته لا يجوز وفي المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى في امرأة اختلفت من زوجها عماله عليه من المهر ورضاع ولده الذي هي حامل به اذا ولدته الى سنتين جاز فان مات أولم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا اذا ماتت هي عليها قيمته انتهى ولو كانت قالت عشرين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة باقي السنين الا ان قالت عند الخلع ان مات أو مت فلا شيء علي فهو على ما شرطت قاله أبو يوسف ولو اختلفت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح في الاثنى لا الغلام واذا تزوجت فلزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها وان اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد ويتطرق الى مثل امسالك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلفت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شيء يصح ولو خالع نفسه على نفقة ولده عشر او هي معسرة فطالبت بنفقة يجبر عليها وما شرط حق عليها وعليه الاعتماد لا على ما أقناه بعضهم من سقوط النفقة ولو خالعها عماله عليه من المهر ثم تذرأه لم يبق عليه شيء من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ومثلها لو خالعها على عبدها الذي لها عنده أو متاعها ثم ظهر ان ليس في يده شيء وقع على مهرها فان لم تكن قبضته سقط وان قبضته ردته أو مثله أو قيمته ولو خالعها بمهرها وهو يعلم ان ليس لها عليه مهر وقع بائنا مجانا ولو كان طلقها بمهرها قبلت والزوج يعلم انه لا مهر لها وقع رجعا مجانا (قوله لم يحز عليها) يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كأن الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت صغيرة ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلما صرح بأن الاصح وقوعه تعين أن المراد الثاني وهذا لانه لا تنظر لها فيه اذا البضع حالة الخروج غير ممتوم والبدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لانه في معنى التبرع بماله (قوله بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول) فالزوج ابنته الصغيرة بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لانه أعطى المتقوم من ماله بمتقوم (قوله ولهذا يعتبر خلع المريضة) متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج وقدمنا في أول الباب ان الواجب للزوج ان ماتت في العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت في العدة فان ماتت بعدها وكانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث (قوله ونكاح المريض الخ) متصل بانه متقوم حال الدخول (قوله والاول اصح) نص عليه في المتنقي ووجهه ما ذكر من انه تعليق بقبول الاب وقد وجد الشرط وما ذكر في وجه الرواية الاخرى من ان الاب لم يضمن المال صار كأنه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل من ان الخلع في معنى اليمين والايان لا تجري فيها النيابة فاللازمة الاولى ممنوعة وكون الموجود من الاب عيناً غير صحيح بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح

من

بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوى فان الاب يوجد منه شرط اليمين لانفس اليمين وشرط

اليمين يصح من كل واحد

(قوله وقع الطلاق بغير بدل) أقول فكذا هذا

(وان خالعهما على ألف على أنه) أي الأب (ضامن فأنخلع واقع والالف عليه) أي على الأب ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لأن الزوج لا يستحق عليها ما لاحتي يتكفل عنها أحد ووجه ذلك ما ذكره (ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح) لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البذل في ملكه (فعلى الأب أولى) وذكر في وجهه الاولوية ان للأب ولاية التصرف في مال ولده الصغير ببيع أو شراء وإجارة وإيداع وإبضاع ولا يجوز هذا التصرف من الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغير فلا يجوز من الأب وله ذلك أولى وفيه تأمل فان التصرف في مال الصغير إنما يورث في الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغير وليس كذلك وكان تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الأولى ان يقال الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر وأنفع محض كقبول الهبة على ما قيل فانما كان التزامه من الاجنبي صحيحا مع قصور الشفقة فلا يصح من الأب مع وفورها أولى فان قلت على ما ذكر من كون الاجنبي في معنى المرأة في عدم دخول شيء يقابل البذل في ملكه يجب ان يصح اعتناق الرجل عبده على مال على (٣١٩) الاجنبي كما يصح على ماله عليه لانه

لا يدخل في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك قلت تحصل للعبد حرية نفسه التي هي حياة معنوية وسبب حصول الاملاك وليس الاجنبي كذلك لا يقال في الخلع أيضا تحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الاجنبي كذلك لا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه اثبات شيء بخلاف العتق (قوله ولا يسقط مهرها) يعني وان كان الخلع يسقطه (لانه لم يدخل تحت ولاية الأب) لانه ليس من النظر وولايته تطرية وقوله (وان شرط الف) يعني ان الزوج

(ون خالعهما على ألف على أنه ضامن فأنخلع واقع والالف على الأب) لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الأب أولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الأب (وان شرط الف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول فان قبلت وقع الطلاق) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لانها ليست من أهل الغرامة فان قبله الأب عنها فقيسه روايتان

من كل أحد هذا اذا قبل الأب فان قبلت وهي عاقلة تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفي جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ وان قبل أبوها أو أجنبي روى هشام عن محمد رحمه الله انه يقع وروى الهذلي عن محمد انه لا يقع ولو بلغت فأجازت جاز (قوله على أنه) أي الأب ضامن المراد من الضمان ههنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها (فأنخلع واقع) سواء خلعها الأب على مهرها وضمنه أو ألف مثلا (فيجب الف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الأب) وانه عليك التصرف في نفسها ومالها بالاقرار والايديع والاجارة والابضاع (أولى) بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبي لانه يحصل للعبد ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف اسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبي والأب مثلهما في انه لم يحصل له شيء بخلاف العبد فانه حصل ما ذكرناه والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كتمن المبيع الا ان البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها (ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الأب) فاذا بلغت تأخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الأب الضامن أو ترجع هي على الأب ولا يرجع هو على الزوج ولو كان المهر عينا أخذته من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ويرجع الزوج على الأب الضامن قيمته (قوله وان شرط) أي لو شرط الزوج الف عليها (توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول) بان تكون عمية وهي أهلية المرأة لقبول بدل الخلع ان شرط بان تعرف ان النكاح جالب والخلع سالب

ان شرط الف على الصغيرة (توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول) بأن تعقل العتق تعبر عن نفسها (فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من أهل الغرامة وان قبله الأب عنها فقيسه) أي في هذا القبول (روايتان) في روايته يصح لان هذا نفع محض للصغيرة لان الصغيرة تتخلص من عهده بغير مال فصحت من الأب كقبول الهبة كذا في مبسوط فخر الاسلام وفيه نظر وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة

(قوله وان خالعهما على أنه) أي الأب ضامن الخ أقول فيه بحث فان المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجود الشرط كما تقدم وههنا لم يوجد الشرط لان وجوده بوجود الف ولم يوجد بقبوله وجوابه ان هذا مثل الخلع على ما في يدها فان الأب لم يكن غاراه اذا جهل ليس بعذر تأمل ومن المعلوم انه لا يجب في مالها شيء في أمثاله (قوله كما يصح على ماله عليه) أقول ضمير عليه راجع الى العبد (قوله وفيه نظر) أقول لعل وجهه ان النكاح من عوالى النعم على ما تقدم فكيف يكون زواله نفسه محض بل غاية الامر ان يكون مشوبا بالنفع والضرر دائرا بينهما (قوله وذلك مما لا يحتمل النيابة) أقول وقد مر جوابه

(وكذا ان خالعهما على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر) لوجود الشرط وهو القبول وليست من أهل الغرامة (وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين) في رواية يصح وفي أخرى لا يصح ووجه الروايتين ما ذكرناه آنفاً (وان ضمن الاب المهر) أي التزم بمعنى اذا خالع الاب مع الزوج والتزم المهر على ذمته (وهو ألف درهم من الاطلاق لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحساناً) لان فرض المسئلة فيما اذا كانت غير ملوثة وكان المهر ألفاً فاضاف الخلع الى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكأنه خالعهما على خمسمائة صريحاً (وفي القياس يلزمه الالف) بحكم الضمان واعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو ألف درهم اذا صح لا يتناول أحد الامرين اما أن تكون مدته بولائها أو لافان كانت فلها على الزوج جميع (٢٢٠) المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان ألف درهم وان لم تكن فلها على الزوج

نصف المهر لان النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب ألف درهم بحكم الضمان في القياس وأما في الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت اذا النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الآخر الذي ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الاب هذا اذا لم تقبض المهر وأما اذا قبضت المهر كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود (وأصل هذه المسئلة في الكبيرة اذا اختلفت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف) ولم تقبض شيئاً (فالقياس أن يجب عليها خمسمائة) للزوج لان خمسمائة من

(وكذا ان خالعهما على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر) وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين (وان ضمن الاب المهر وهو ألف درهم طلقت) لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحساناً وفي القياس يلزمه الالف وأصله في الكبيرة اذا اختلفت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزمها

فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال لانها ليست من أهل الغرامة اذا البينونة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال ألا يرى الى بينونتها بدونه فيما اذا سمت خرا ونحوه وان قبله الاب بدونه عنها ففي وقوع الطلاق روايتان في رواية يصح لانه نفع محض اذا تنكح من عهدته بلامال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة وفي أخرى لا يصح لان قبولها بشرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح (قوله وكذا ان خالعهما) أي خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ما قلنا آنفاً فان قبلت وقع الطلاق بائناً ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين ما لم يضمنه فان ضمنه صح وقوع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تأويل المسئلة أن يتخالف على مال مثل مهرها أو على مهرها فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها عقاباً ما ليس بمقوم ولا يعتبر ضمانه والاصح ان الخلع على مهرها كخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمن الاب إياه صحيح ثم يتظر ان كان مهرها ألفاً والخلع قبل الدخول وهو المراد بمسئلة الكتاب لزم خمسمائة وفي القياس يلزمه الالف وأصله ان الكبيرة اذا اختلفت على مهرها وهو ألف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لانه وجب له عليها ألف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان فصا صاب قدره بقي عليها خمسمائة له وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شيء لان المهر يراد به عرفاً ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه يجب له خمسمائة بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع هذا على خلاف ما ذكره قاضيان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب أن يقول اذا خالعهما على مهرها وهو ألف لا كما قال على ألف ومهرها ألف فانه اذا خالعهما كذلك يكون من الخلع على مال آخر غيرهما اتفاقاً انه مثل المهر ولا أثر لذلك والحكم فيه اذا كان قبل الدخول وجب المسمى له وسقوط المهر عنه ان لم يكن مقبوضاً

المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزم المرأة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة وسلامته لانها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتم الالف التي التزمتها (وفي الاستحسان لا شيء عليها) لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شيء زائد على ذلك وأما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الالف وخمسمائة الالف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان ترد الالف لا غير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وقوله (زائدة) بالجر لان الصفة تتبع المضاف اليه في الاعراب كما في قوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في النهاية وقال هكذا أنا شيخني مراراً واه أعلم

(قوله فان كانت فلها على الزوج الخ) أقول أي ان كانت مدخولاً بها (قوله وان لم تكن الخ) أقول أي ان لم تكن مدخولاً بها

وسلامته لها ان كان مقبولا يرجع عليها بشئ كما قدمناه في التقسيم واذا قد وقع الكلام في خلع
الاجنبى فلا بد من ذكر بنده منته واعلم ان الاجنبى اذا خاطب الزوج فاما ان يضيف البذل الى نفسه
على وجه يفيد ضلته أو ملكه اياه أو يرسله أو يضيفه الى غيره فان أضافه الى نفسه كذلك بان قال
اخلعها على عبدى هذا أو ائتني هذه أو على ألف على أو على انى ضامن ففعل فخلع واقع والمسمى عليه
فان استحق لزمن قيمته ولا يتوقف على قبولها لانه انما يتوقف على من يجب عليه البذل لا من يقع عليه
الطلاق ولا الى قبوله بل يكفى الامر منه لان الواحد يتولى طرفي الخلع كما في النكاح بخلاف ما لو قال
اختلعت نفسك منى فقالت فقلت قيل لا يصح بلا قبول الزوج والمختار انه يصح ان اراد به التحقيق دون
السوم فان قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبى وسيد الامه المنكوحه لعبد أو حر فانه اذا خلعها من الزوج
على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل نجب قيمة العبد على الامه حتى تباع فيه لظهور الدين في حق السيد
فالجواب ان قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين
عليها الا ان السيد التزم خصوص الاول فاذا فلت عادتها وهو ظاهر في حق السيد فباعت فيه الا ان
يقدمها واذا بيعت ان كان عليها دين بدى به لان دين الخلع أضعف أما لو خلعها على رقبته أو هي تحت
عبد صح فلو ضمن المولى الدر في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لا تترامه دونها لا قبل العتق ولا بعده
ولان القبول انما يشترط لوجوب البذل لا لوقوع الطلاق وان أرسله بان قال على ألف أو على هذا
العبد يتوقف على قبول المرأة لان البذل لم يضاف الى أحد فان قبلت لزمها تسليمه أو قيمته ان عجزت وان
أضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البذل أضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب
العبد خلعت امرأتى على عبدك لان العبد أضيف اليه ولو كان الزوج قال لها خلعتك على عبد
فلان أو قالت هي اخلعنى على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة
في العقد ولو قالت اخلعنى على ألف على ان فلانا ضامن فأجاب فخلع معها لانها العاقدة وتوقف
ضمان فلان على قبوله ولو وكلت من يخلعها بالف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد في
الخلع ترجع الى من عقده لا الى الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه وان أذى يرجع عليها لانه عليك الخلع من
مال نفسه ففائدة امرها به الرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فأدى لا يرجع على الزوج
الا اذا ضمن بأمره فان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا عليك انكاحه بغير أمره والصالح عن دم العبد
كالخلع في جميع ما ذكرنا من فروع تتعلق بالباب المختلة يلحقها صريح الطلاق عندنا وقد تقدم
فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وأبى الدرداء وسعيد بن المسيب
وشريح وطاوس والزهرى والنخعي والحكم ومجاهد ومكحول وعطاء والنورى وعند مالك والشافعى
وأحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق في قوله نسأتى طوائق عندهم ولو قال لها الكنايات التي يقع بها
الرجعي مثل اعتدى استبرق رجلك أنت واحدة بنوى الطلاق يقع عليها طلاقه بانه عند أبي حنيفة وأبى
يوسف خلافا للمحدثين الله لهم ما روى انه صلى الله عليه وسلم قال المختلة لا يلحقها صريح الطلاق
وان كانت في العدة ويروى عن ابن عباس ولنا ما رواه أبو يوسف بإسناده في الامالى عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال المختلة يلحقها صريح الطلاق مادامت في العدة وحديثهم لا أصل له ذكره سبط ابن
الجوزى في ايثار الانصاف امرأة قالت خلعت نفسي منك بألف ثلاث حررات فقال الزوج رضيت
أو أجزت كان ثلاثا بثلاثة آلاف ولو خلع أمته على رقبته أو زوجها عبدا ومديرا ومكاتب صح لانها
تصير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها أى ملكها الزوج به فيبطل النكاح ومتى بطل
النكاح بطل الخلع لكنه يقع طلاقا بان لا يبطل البذل وبقي لفظ الخلع وهو طلاق بان تحت حرأمتان
دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع في التي خلع على

رقبتها وهي الصغرى لانه أمكن تصحيح الخلع على الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها لافي
الصغرى لان الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتهما فتقسم الصغرى على مهرهما لانه جعلها
بدل عن طلاقهما فما أصاب مهر الكبرى فهو للزوج وما أصاب الصغرى بقي للزوجة ولو خلع كلا منهما
على رقبته الاخرى طلقا مجازا لان ملك رقبته كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم
للزوج شيء من البديل امرأتها لئلا ينعم وهما وارثاها تزوجت أحدهما ودخل بها ثم خلت بمهرها في
مرض موتها ولا مال لها غيره وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البديل في
حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين ويرى بان القرابة فلو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو
طلاق رجعي فله النصف بعيراث الزوجية والباقي بينهما نصفان **قاعدة** في الطلاق على مال الاصل
انه متى ذكر طلاقين وذكرا عقبيهما مالا يكون مقابلا لهما اذ ليس أحدهما بصرف البديل اليه أولى
من الآخر الا اذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا للثاني ووصفه
بالمنافي كالتنصيص على أن المال بمقابله الثاني وان شرط وجوب المال على المرأة حصول البينة
لانها انما تلزمه لذلك نفسها فلو قال لها أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بالف أو قال على
انك طالق غدا بالف أو قال اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بالف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة
في الحال وغدا أخرى بغير شيء الا أن يعود ملكه قبله لانه جمع بين تطبيقه مخيرة وتطبيقه مضافة
الى الغد وذكرا عقبيهما مالا فانصرف اليهما الا يرى انه لو ذكر مكان البديل استثناء ينصرف اليهما
فيقع اليوم واحدة بخمسمائة فان جاء غدا تقع أخرى لوجود الوقت المضاف اليه ولا يجب شيء لان شرط
وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينة ولم تحصل لمصوبها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجيء الغد
ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال ولو قال أنت طالق الساعة واحدة رجعية
أو بائنة أو بغير شيء على انك طالق غدا أخرى بالف يقع في الحال واحدة مجازا وغدا أخرى بالف لتعذر
الصرف اليهما لانه وصف الاول بما ينافي وجوب المال الا أن في قوله بائنة بشرط التزوج لوجوب
المال بالثاني ولو قال طالق ثلاثا السنة بالف فقبلت يقع في الطهر الاول واحدة بثلاث الالف وفي الطهر
الثاني أخرى مجازا لانها بانتهى بالاولى ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها قبل الطهر الثاني حينئذ تقع
أخرى بثلاث الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه أعلم **قوله** لو خلعها ولم يذكر العوض
ذكر شمس الأئمة انه يبرأ كل عن صاحبه وقال خواهر زاده هذه إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو
الصحيح فان لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي
روايه عن أبي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة وموتة السكنى
في قولهم جميعا الا اذا شرط في الخلع نقله في الخلاصة وكذا ذكره السعدي أعني ردّها المهر وذكر
في الوجيز فيما اذا قال اختلي ولم يذكر البديل فقالت اختلعت عن خواهر زاده انه يقع طلاق بائن ولا
يكون خلعا كأنه قال طلق نفسي بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكى عنه من ردّها ما ساقه اليها
من الصداق اذا كان مقبوضا اذ لم يجعل كأنه قال طلقك بائنا فهذا مذكور في غير موضع ذكر في
التجنيص اذا قال اختلي فقالت اختلعت تطلق وقرق بينه وبين ما اذا قال اشترى نفسك مني فقالت
اشتريت لا تطلق بأن قوله اختلي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرّة تلك الطلاق بأمر الزوج بخلاف
اشترى نفسك لانه أمر بالخلع الذي هو معاوضة اذ لم يكن البديل مقدرا فان قدره بأن قال بعرك
ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار يريد بالرواية الاخرى ما ذكر في غير موضع
انه اذا قال اشترى نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما يقبل الزوج بعث وكذا الروايتان فيما
اذا قال اختلي مني بكذا وذكرا ما لا مقدرا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما يقبل

الزوج خلعت وفي رواية كتاب الوكالة يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح وأما الجواب عن
 الاشكال فيجعل سقوط المهر وجعله بلا فيما اذا لم ينويه كونه خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بان
 بلا مال على ما اذا نوي به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى القرقة بعوض فيصم عليه
 الا بموجب فاذا لم يسميا ما لا ينصرف الى المهر الا ان ينوي خلافه ويدل على هذا ما في المنتقى قال
 أبو يوسف اذا قال لها اختلعي نفسك فقالت قد خلعت نفسي لا يكون خلعا الا على مال الا ان ينوي
 بغير مال ولا فرق بين خلعتك وخلعتك فاذا قال خلعتك ينوي به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن
 المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا تصادقا على عدم النية وبما وجب جله على مجرد
 الطلاق التصريح بنفي المال كما اذا قال اختلعي مني بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لانه صرح بنفي
 المال نقله عن محمد القسطلي والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من أن حقيقته ما فيه المال لو قال لا جنبي
 اخلع امرأتى لم يملك خلعا بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها باننا ولو قال اختلعي على مال أو بما
 شئت ولم يبدد فقلت اختلعت على ألف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك أو نحو أجزت فرق بين
 هذا وبين ما اذا قال الزوج اخلعي نفسك مني بأف والباقي بحاله حيث يتم والفرق ان التعويض في
 المسئلة الاولى لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستريدا مستنقضا وهذا مفقود في الثانية
 فلو لم يصح انما لا يصح لمصادرة الحقوق وحقوق الخلع لا ترجع الى الوكيل اذا قلنا اختلعت منك بالمهر
 ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناها اولقنها أبرأتك من نفقة العدة قبل يصح والاصح انه لا يصح
 لان التفويض كالتمويل لا يتم الا بعلم الوكيل والبراء عن نفقة العدة والمهر وان كان اسقاطا لكنه
 اسقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا
 ما تقع قال أبرأتني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت أبرأتك من كل حق يكون للنساء على
 الرجال فقال في فوره طلقك وهي مدخول بها يقع باننا لانه بعوض واذا اختلعت بكل حق لها عليه
 فلها النفقة مادامت في العدة لانها لم تكن لها حقا حال الخلع فقد ظهر ان تسمية كل حق لها عليه وكل
 حق يكون للنساء صحيحة وينصرف الى القائم لها اذ ذلك وبعض الشافعية لا يصح هذا الوجهالة وهذا
 عندنا عموم لا لاجال ولو تزوجها على ألف ثم طلقها باننا ثم تزوجها ثانية على ألف أخرى ثم اختلعت
 منه على مهرها لم يبرأ الزوج الا من الثاني دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكرانه وكيل لامرأته
 في خلعهما فخلعهما على ألف فأنكرت التوكيل فان كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل
 وان لم يكن ضمن فان صدقه الزوج على أنها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لا يقع
 الطلاق لانه ظهر أن الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج باع منه تطلقه بألف قال الصفا
 يقع الطلاق ضمن له المهر أو لا لان لفظة الشراء لفظة الضمان وقال أبو بكر الاسكاف هذا والخلع
 سواء وعليه الفتوى ولو ادعى رجل الرسالة عن امرأة الرجل اليه في أن يطلقها أو يعسكها فقال الزوج
 لا أمسكها بل أطلقها فقال الرسول أبرأتك من جميع ما لها عليك فطلقها فانكرت المرأة بالبراء والرسول
 يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها أو وكلتها اياها لذلك وقع وهي على حقها وان لم يدع فان كان الرسول قال
 أبرأتك من حقها عليك على أن تطلقها فالطلاق غير واقع لان وقوع الطلاق بالمهر موقوف على اجازتها
 وان لم يقل على أن تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها وهذه في أمر الحكيم لما كان سبب الخلع
 المشاقه وجب ذكر أمر الحكيم فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان
 خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدوا الصلح او فرق الله بينهما ضمير يريد
 الحكيم وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكيم أيضا وقيل للضمير ان للزوجين والاولى أن يكون الحكيمان
 من أهلها كما ذكر الله تعالى وانما كان أولى لانهما أخيرا يباطن أمرهما وأشفق عليهم ما وبه قال

باب الطهارة

الشافعي واحد وقال مالك يشترط كونهما من أهلها إلا أن لا يوجد من أهلها من يصلح لذلك
وقلنا المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ثم قول الحكمين نافذ في الجمع
والتفريق بتوكيلهم ما عندنا وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن
وأبي نؤر وقال مالك قولهم ما في ذلك نافذ من غير توكيل وهو قول الأوزاعي وإسحق وروى عن
عثمان وعلي قلنا ليس للحاكم أن يطلق ولا يرى من ماله ما فكيف يفعل ذلك نائبه وفي أحكام
القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان انتهت والأهجرها فان انتهت والاضربها فان
انتهت والارفع أمرها إلى السلطان فيبعث حكاما من أهلها وحكاما من أهلها وأبهم ما كان أظلم رده إلى
السلطان فاخذ فوق يده كالعين والمجبوب فالحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى
النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقها يفعل الحاكم ما يظن أن عليه من الجمع والتفريق
وليس له ما أن يجمعها ولا أن يفرقا بغير أمرهما وما زعم اسمعيل المالكي من أن أباح خيفة وأصحابه
لم يروا رفقوا أمر الحكمين أخبار بالنسبة لعدم العلم والأولى بالإنسان حفظ اللسان وما قال أن
الوكيل لا يسمى حكما ممنوعا بل هو كالة تؤكدهم في الحكمة لقبول قولهما عليهم ما والحكماء بعضهم
أمر الزوجين فإذا صدق الحق وفقهما الله عز وجل للصواب أذهما موكلان بالجمع والتفريق فعليهما
الاجتهاد وطلب الخير لهما وكل ما ورد عن السلف أن فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما
أذ لم ينصوا على أنه جائز بغير رضا الزوجين وهذا لأنه غير جائز لهما أن يطلقا أمرأة الغير بغير إذنه ولا
أن يدفعها ما لا يغيره من صاحبه بخلاف قضاء دينها إذا امتنع منه لأن ذلك إبطال الحق إلى مستحقه ولا
حق الزوج في مالها قال تعالى لانا كلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض
منكم وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه والحكماء إنما يبعثوا
للصلح وليعلمنا ظلم الظالم منهم ما فينكر عليه ظلمه فإذا لم يقبل أعلما لهما كما يدفع ظلمه فالحكماء شاهدان
في حال ومصلحان في حال إذا قوض الأمر اليهما وقول من قال إنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل
غير مقبول عندنا وليس ما روى عن علي رضي الله عنه شاهد في ذلك

باب الطهارة

مناسبتة بالخلع أن كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا وقدم الخلع لأنه أكل في باب التحريم اذ هو
تحريم يقطع النكاح وهذا مع بقاءه والظاهر لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الطهر فيصح أن يراد به
معان مختلفة ترجع إلى الطهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الأغراض فيقال طاهر أي قابلية
ظهوره بظهوره حقيقة وإذا غايبته أيضا وان لم تدبره حقيقة باعتبار أن المغايضة تقتضي هذه المغايضة
وظاهرته إذا نصرته باعتبار أنه يقال قوى ظهره إذا نصره وظاهر من أمر أنه وظهره وظهره وظاهره
وظهره وظهره إذا قال لا أمر أنه أنت على كظهر أي وظاهر بين تو بين إذا لبس أحدهما فوق الآخر
على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما إلا خر ظهر الثوب وغاية ما يلزم كون لفظ الطهر في بعض هذه
التركيب مجازا وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا أيضا وإنما عدى عن مع أنه
يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التباعد لأنه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل الطهر هنا مجاز عن البطن لأنه
إنما يركب البطن فكظهر أي أي كبطنها بعلاقة المجاورة ولأنه عموده لكن لا يظهرها وهو الصارفي عن
الحقيقة من النكاح وقيل خص الطهر لأن آيات المرأة من ظهرها كان حراما فآيات أمه من ظهرها

قد تقدم وجه ترتيب
الحرمات المتقدمة في أول
كل باب منها ويحتاج إلى
وجه تقديم الطهارة على
اللعان ووجهه أنه أقرب إلى
الإباحة من سبب اللعان
فإن سبب اللعان عند إضافته
إلى غير منكوحته يوجب
حد القذف وموجب الحد
معصية محضة بغير شائبة
الإباحة والظهار في اللغة
قول الرجل لامرأته أنت
على كظهر أي وفي
اصطلاح الفقهاء تشبيه
المنكوحه بالحرمة على
سبيل التأنيد اتفاقا ينسب
أورضاع أو مصاهرة وإنما
قيد بقوله اتفاقا احترازا
عن قول الرجل لامرأته
أنت على كظهر فلانة
وهي بأم الميراثي بها أو ابنتها
فإنه لا يكون مظاهرا لأن من
الفقهاء من يقول الحرام
لا يحرم الحلال وسببه سبب
الخلع وهو النشوز فإن آية
الظهار نزلت في خسولة
وكانت ناشئة وشرطه
كون المظاهر عاقلا بالغاً
مسلماً والمرأة من نسائنا
وركنه قوله لا أمر أنه أنت
على كظهر أي أو ما قام
مقامه وحكمه حرمة الوطء
والدواعي مع بقاء أصل
الملك إلى غاية الكفارة

باب الطهارة

(قوله وإنما قيد بقوله

اتفاقا إلى قوله فإنه لا يكون مظاهرا) أقول في الخاتمة خلافه (قوله وسببه سبب الخلع وهو النشوز فإن آية
الظهار الخ) أقول فيه بحث قائل ثم قوله وهو النشوز ينأى على الغالب

أحرم فكثر التغليب وفي الشرع هو تشبيه الزوجة أو جزء منها شائع أو معبر به عن الكل بما لا يحل
النظر اليه من المحرمة على التأيد ولو برضاع أو صهرية وزاد في النهاية قيد الاتفاق احترازاً عما لو قال
أنت على كظهر فلانة وفلانة أم من زني بها أو بنتها لم يكن مظاهراً وسنذكر ما هو التحقيق إن شاء الله
تعالى ولا فرق بين كون ذلك العضو الظاهر أو غيره مما لا يحل النظر اليه وإنما خص باسم الظاهر
تغليباً للظاهر لأنه كان الأصل في استعمالهم وشرطه في المرأة كونها زوجة وفي الرجل كونه من
أهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمي كالصبي والمجنون وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه وحكمه
حرمة الوطء ودواعيه إلى وجود الكفارة واختلف في سبب وجوبها فقال في المناقب تجب بالظهار
والعود لأن الظهار كبيرة فلا يصلح سبباً للكفارة لأنها عبادة أو المذهب فيها معنى العبادة ولا يكون
المحظور سبباً للعبادة فعلى وجوبها إجماعاً يخفف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو ماسك فيكون دائراً
بين الخطر والاباحة فيصح سبباً للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة وقيل سبب وجوب العود
والظهار شرط ولفظ الآية يحتملهما وهي قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما
قالوا فتحرير رقبة إلى آخره فيمكن حل ترتيبها عليهم ما وعلى الأخير لكن إذا أمكن البساطة صير إليها
لأنها الأصل بالنسبة إلى التركيب فلذا قال في المحيط سبب وجوبها العزم على الوطء والظهار شرط
وهو بناء على أن المراد من لفظ العود في الآية العزم على الوطء واعترض بأن الحكم يتكرر بتكرار
سببه لا بشرطه والكفارة تتكرر بتكرار الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على أنه العزم على إباحة
الوطء بناء على إرادة المضاف في الآية أي يعودون الضمما قالوا أولئذ إذا نزل القول منزلة المقول ورد
عليه ما يرد على ما قبله وهذا بناء على عدم صحة إرادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود
والعدي بن زيد بن روهب ما فإن ظاهرهما عدم تعلقهما بتكرره وبردان بمجرد العزم لا تتقرر الكفارة
عندنا كما نص عليه في المبسوط حتى لو أبانها أو ماتت بعد العزم لا كفارة عليه قال فهذا دليل على
أنها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم فإذا
أراد رفعه وجب عليه في رفعه الكفارة عندنا كما نقول لمن أراد الصلاة النافلة يجب عليه أن صليتها
أن تقدم الوضوء وعند السافعي رحمه الله هو سكوته بعد ظهاره قد مر ما يمكنه طلاقها ورددان شرعية
الكفارة لرفع الحرمة والجناية والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الأمسالك عن طلاقها جناية
وأيضاً فقد يكون الأمسالك عن طلاقها يسعي في أمر الكفارة وتخصيصها أو لا تروى في طلاقها
أو التكفير فلا يكون مجرد بعد الظهار جناية فلا ينتض سبباً للكفارة وأعلم أن هذه الحرمة لا ترفع
إلا بالكفارة لا بغيره ولا بزواج ثان حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثاً فعادت إليه بعد زوج آخر أو
كانت أمة وملكها بعد ما ظاهرها لا يحل قربانها حتى يكفر فيها وللرأة أن تطالبه بالوطء وعليها
أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضي أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها بحسب فان
أبى ضربه ولا يضرب في الدين ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وألفاظه صريح وكفاية
وستأتي وسبب نزول شرعيته قصة خولة أو خولة بنت مالك بن نعلبة قالت ظاهرتني زوجي أوس
ابن الصامت فحش رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه
ويقول اتقي الله فإنه من عكف أباحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي
إلى الله إلى الغرض فقال يعتق رقبة فقلت لا يجحد فقال بصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله إنه
شيخ كبير ما به من صيام قال فيطعم ستين مسكيناً قلت ما عنده شيء يتصدق به قال فاني سأعينه بعرق
من غمر قلت يا رسول الله واني سأعينه بعرق آخر قال قد أحسنت قال فاذهبي فأطعمي بهما عنه ستين
مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك قال والعرق ستون صاعاً رواه أبو داود وقيل هو مكيال يسع ثلاثين صاعاً

(اذ قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أرمي فقد حرمت عليه لا يحمل له وطؤها ولا مسها ولا تقبلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتكرير رقية من قبل أن يتأسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقر بالشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير منبيل للنكاح) وبيان ذلك أن أحدهم في الجاهلية إذا أراد أن يطلق امرأته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من أمه كالخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظر وأفلم يجدوا موضعا أحسن في الذكر ولا أستر من الظهر مع إصابة المعنى الذي أرادوه فاستعملوه دون غيره ثم إن خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعت في بعض ما أمرني به فقال أنت على كظهر أرمي ثم خرج فجلس في نادى قومته ثم رجع إلى فراو دني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل إلى وقد قلت ما قلت حتى يقضى الله ورسوله في ذلك فوقع على فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت إلى بعض جيرانى فاخذت نيا بافلسيتها وأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسنى إليه فجعلت أستكبر إلى الله ما أرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاها عند نزول الوحي فلما سرى عنه قال أنزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلاقوه تعالى قد سمع الله قول التي تجادل في زوجها وتشتكي إلى الله إلى آخر آيات (٣٣٦) الظهار ثم قال مريه فليعتق رقية فقلت لا يجحد ذلك بأرسول الله ثم قال مريه

وإذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أرمي فقد حرمت عليه لا يحمل له وطؤها ولا مسها ولا تقبلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتكرير رقية من قبل أن يتأسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقر بالشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير منبيل للنكاح وهذا لانه جنابة لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء إذا حرم بدواعيه كي لا يقع فيه كافي الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجوده ما فلو حرم الدواعي يقضى إلى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام

قال أبو داود وهذا أصح وفي الحديث ألفاظ آخر ورواه ابن ماجه وغيره (قوله إذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أرمي فقد حرمت عليه) وعند محمد للظهار أن يقبلها إذا قدم من سفر الشفقة وكذا إذا قال أنت مني كظهر أرمي أو أنت عندى أو معي وكذا إذا قال أنا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومتى ألحق لفظ المشبهة لا يثبت فلو قال أنت على كظهر أرمي أن شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ولو قال إن شاء فلان فالمشبهة إليه (قوله وهذا) أي ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة (لانه) أي الظهار (جنابة) كبيرة محضة (لكونه منكرا من القول وزورا) بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجنابة بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة (قوله ثم الوطء إذا حرم بدواعيه) نفى هذه العبارة أن هذا هو الأصل إذ طريق المحرم محرم وعلى هذا استمر في الاستبراء والاحرام والاعتكاف وثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل إحدى نسائه وهو صائم وفي حديث عائشة رضي الله عنها كان يأمرني أن أتر فيباشرني وأنا حائض فوجب البحث عن حكمة

أن يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطم ستمين مسكينا فقلت ما عنده شيء بأرسول الله فقال إننا سنعينه بعرق فقلت وأنا أأعينه بعرق أيضا فقال افعل واستوصي به خيرا وقال علماءنا المراد من العود هو العزم على الجماع الذي هو امسالك بالمعروف وقال الشافعي المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار (قوله وهذا) إشارة إلى نقل حكم الظهار من الطلاق

إلى التحريم الموقت بالكفارة وبيانه أن الظهار جنابة لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى وأنهم ليقولون منكرا من القول وزورا والمنكر ما ينكر ما حقيقة والشرع والزور هو الكذب والباطل والجنابة تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة (ثم الوطء إذا حرم بدواعيه كي لا يقع فيه كافي الاحرام) وقال الشافعي لا تحرم الدواعي لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل أن يتأسا والتماس في القرآن كثرة عن الجماع وأجاب صاحب الاسرار بأن التماس حقيقة في المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز (بخلاف الحائض والصائم) حيث لا تحرم الدواعي فيهما (لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي أفضى إلى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام) وسيأتي في كتاب الكراهية فإن قيل لما كثرت وجودهما كان ادعى إلى شرع الزاجر من الظهار فلم انعكس الأمر أجيب بأن أوقات الحيض والصوم وإن كان كثيرا لكن أوقات الطهر والافطار أكثر فلما كثرت أوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها طاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة في الجماع فلا يلبق فيه إيجاب الزاجر لان إيجاب الزاجر لضعف وجود الجماع وبقوة الرغبة كان بمنعاف لا يحتاج إلى إيجاب الزاجر

(قوله وقال الشافعي لا تحرم الدواعي) أقول أي في قول (قوله وأجاب صاحب الاسرار بأن التماس حقيقة في المس باليد) أقول الأولى ترك قوله باليد فان المس لا يختص بها فيكون عاما لجميع من التقبيل وغيره

(فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعود حتى يكفر)
لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء
آخر واجبا لنبه عليه

الفرق شرعا بين هذه الامور ان ينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضي الفرق تحريم الدواعي فيه كما قلنا نحن
وما لك وهو قول الزهري والاوزاعي والنخعي وقول الشافعي ورواية عن أحمد لان حرمة الوطء نصا
بقوله تعالى من قبل ان يتامسا وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره أو تحميمها كما قال الشافعي وأحمد
في قولهما الا آخر فنظرنا فقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعي في الصوم والحيف لكثرة
وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعلى كثرة وقوعهما يلزم الحرج يمنع الدواعي وعن كثرة
وقوع الضدين الظاهرين في كثرة وجود الجماع ينتفي لزوم شرع الزاجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعي
بمخلاف الظهار والاستبراء والاحرام لا تكفر بالنسبة الى كل شخص فاستقر على الاصل وتقدمه في
الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعي فيه لاني في الصوم بأن الجماع محظور والاعتكاف
والاحرام بمخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه وقرر بما حصله ان الفرق الفرق
بين التحريم الثابت في ضمن الامر والتحريم الثابت بالنهي لما كان الثاني أقوى بسبب ان النهي تناوله
مقصودا فتعدى الى الدواعي بخلاف الثابت في ضمن الامر فإنه لم يتعلق به نهى أصلا بل طلب شيء
يستلزم وجوده عدم ذلك فخرم ذلك اتأديته الى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد الى دواعيه فافتقر
الحال بينهما وبين الاستبراء والاحرام والاعتكاف لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهي قال تعالى ولا
تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد ولأرقت ولا فسوقتني مستعارا للنهي لنا كبده وقال صلى الله
عليه وسلم الا تشكح الحبلى حتى يضعن ولا الحبلى حتى يستبرثن بحيمضة وقال تعالى في الاخيرين
فاعتزلوا النساء في الحيض ثم أتعوا الصيام ولما كان هذا يقتضي عدم حرمة الدواعي لان المذكور في
الآية الامر بالكفارة قبل التماس وهو قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتمسقا فإنه مصدر واقع
بدل من اللفظ بالنهـ هل فيحرم الجماع لتفويته المأمور به وهو الكفارة قبل التماس مع انه يقتضي حرمة
الدواعي في الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهي حتى انهم لم يمتثلوا للنهي عن البيع وقت النداء
الا بقوله تعالى وذروا البيع ولم يسموه الامتناع عنه وهو صحيح لان النهي للنفس طلب الترك عدل الى
ما ذكر والتحقيق ان الدواعي منصوص على منعها في الظهار والمذكور في وجه الفرق انما هو حكمة
الفرق بين الظهار وما ذكر أما كونها منصوصا على منعها فان قوله تعالى من قبل ان يتمسقا لا موجب
فيه للعمل على الجواز لا مكان الحقيقة ويحرم الجماع لانه من أفراد التماس فكل من القبلة والممس
والجماع أفراد التماس فيحرم الكل بالنص وظهر فساد قول المخالف والله سبحانه أعلم (قوله لقوله
صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس رضي الله عنه ما ان رجلا ظاهر من
امرأته فوقع عليها قبل ان يكفر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما حلك على هذا قال رأيت خلتها
في ضوء القمر وفي لفظ بياض ساقها قال فاعتزلها حتى تكفر ولفظ ابن ماجه فضحك رسول الله
صلى الله عليه وسلم وأمره أن لا يقربها حتى يكفر قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب ونفي
كون هذا الحديث صحيحا رده المنذري في مختصره بأنه صحيح الترمذي يورجأه ثقات مشهور سماع
بعضهم من بعض وروى الترمذي عن ابن امير الى آخر السند عن سلمة بن مخر البياض عن النبي
صلى الله عليه وسلم في الظاهر بواقع قبل ان يكفر قال كفارتها واحدة قال حديث حسن غريب وأما
ذكر الاستغفار في الحديث فإنه أعلم به وهو في الموطأ من قول مالك ولفظه قال مالك فمن يظاها ثم
يسمى قبل ان يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك أحسن ما سمعت (قوله فلو كان
شيء آخر واجبا لنبه عليه) لانه مقام البيان وتاخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور

(فان وطئها قبل ان يكفر
استغفر الله ولا شيء عليه
غير الكفارة الاولى) أى
الكفارة الواجبة بالظهار
على الترتيب المنصوص
ولا يعود الوطء حتى يكفر
لماروى ان سلمة بن مخر
البياض قال لرسول الله
صلى الله عليه وسلم ظاهرت
مسن امرأتى ثم أبصرت
خلخالها في ليلة قمره
فواقعها فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم استغفر
ربك ولا تعد حتى تكفر
وجه الاستدلال ما ذكره
بقوله (ولو كان شيء آخر
واجبا لنبه عليه)

قال وهذا اللفظ (هذا اشار الى قوله أنت على كظهر أى يعنى هذا اللفظ لاشتبه بالظهار فلونوى الطلاق أو الابلاء أو قال لم أنويه شياً يكون ظهراً (لأنه) أى كونه طلاقاً (منسوخ فلا يمكن من الاتيان به) لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك (ولو قال أنت على كبطن أى أو كخذا (٣٣٨) أو كفرجهاء ومظاهرة لان الظهار ليس الانشبيهة المحللة بالحرمة) اللام في المحللة

والحرمة للعهد أى المحللة
نكاحاً لا بعلك البين بالحرمة
تأيداً لا توقيناً (وهذا
المعنى) أى التشبيه (يحقق
في عضولاً يجوز النظر اليه)
كالاعضاء المذكورة بخلاف
البدن والرجل والشعر
والتفطر لأنه يحل النظر
والمس فلا يكون مظاهراً
بالتشبيه بها وقوله (وكذا
إذا شابهها عن لا يحل له
النظر اليها) ظاهر (وان
قال رأسك على كظهر أى
أو فرجك أو وجهك أو
رقبتك كان مظاهراً) لان
هذه الاعضاء يعبر بها عن
جميع البدن فيكون تشبيهها
من السراء كتشبيه ذات
المرأة (ولو قال نصفك أو
ثلثك أو ربعك كظهر أى
كان مظاهراً لان الحكم
يثبت في ذلك الجزء أولاً
ثم يسرى الى سائر البدن
كما ينه في الطلاق)

(قوله لان في ذلك تغيير موضوع
الشرع) أقول وعدم كونه
ابلاء يعلم من قوله لان فيه
تغيير موضوع الشرع قال
المصنف (وكذا إذا شابهها
عن لا يحل له النظر) أقول
قال ابن الهمام مقتضى
العبارة أن لا يحل النظر الى
أخته وغيرها وليس كذلك

قال وهذا اللفظ لا يكون الاظهار لأنه صريح فيه (ولو نوى به الطلاق لا يصح) لانه منسوخ فلا يمكن
من الاتيان به (واذا قال أنت على كبطن أى أو كخذا أو كفرجهاء فهو مظاهر) لان الظهار ليس
الانشبيهة المحللة بالحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضولاً يجوز النظر اليه (وكذا إذا شابهها عن لا يحل له النظر
اليها على التأيد من محارمه مثل أخته أو عته أو أمه من الرضاعة) لان في التحريم المؤبد كالام
(وكذلك إذا قال رأسك على كظهر أى أو فرجك أو وجهك أو رقبته أو نصفك أو ثلثك أو ربعك) لانه
يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما ينه في الطلاق

تمام حكم الحادثة فلا يجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقيصة وسعيد بن جبيرة والزهرى
وقتادة وثلاث كفارات كما عن الحسن البصرى والنخعي (قوله وهذا اللفظ) أى قوله أنت على
كظهر أى (لا يكون الاظهار وان نوى به الطلاق) أو الابلاء أو قال لم أنوشياً لانه صريح فيه وانما اليه
اتباع للشروع لا تغيير وهذا ما قلنا وما في الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال أردت به الخبر عن
الماضي كذا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة ولو قيل المنسوخ
كون هذا اللفظ طلاقاً وهو لا يستلزم نفي صحته ارادته به احتاج الى الجواب ويصلح ما تقدم من قوله وانما
المتابع المشروع لا تغيير وهذا ما قلنا وما في الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال أردت به الخبر عن
الماضي كذا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة (قوله ليس الانشبيهة
المحللة بالحرمة) اللام فيه ما للعهد أى المحللة بعقد النكاح بالحرمة على التأيد لانها المعهودان فيما
سبق من ذكرهما (قوله وهذا المعنى) يعنى تشبيه المحللة بالحرمة (يحقق في التشبيه بعضو لا يحل
النظر اليه) على التأيد لما كان الظهار كلاً ما تشبهها مشتملاً على المشبهة والمشبها بها وجب اعطاء
ضابطهما في المشبهة أن تذكرهى أو جزء شائع منها أو جزء معين يعبر به عن جلها كالرأس والرقبة
والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل في الطلاق والنصف والثالث في الاول وفي
المشبهة لان تذكرهى أو عضو منها لا يحل النظر اليه على التأيد الا أن مع ذكرها نوى كإسائها
إذا عرفت هذا فعبارة أعنى قوله (وكذا إذا شابهها عن لا يحل له النظر اليها الى قوله مثل أخته وعته
وأمه من الرضاعة ليست جيدة لان ظاهرها حرمة النظر الى هؤلاء من الرضاعة وانما المعنى إذا شابهها
بجزء لا يحل النظر اليه فلوقال أنت على أو رأسك أو وجهك أو رقبته أو نصفك أو ثلثك أو ربعك
أو سدسك كظهر أى أو خالي أو أم زوجتي أو كفرجهاء أو بطنها أو فخذا أو أليتها كان مظاهراً ولو قال
يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك أو سنك أو بطنك أو فخذك أو جنبك أو ظهرك كظهر أى أو فرجها
الى آخر ما ذكرنا لم يكن مظاهراً لان تغاير من جهة المشبهة ولو قال أنت على أو رأسك الى آخر ما قلنا كيد
أى أو جنبها الخ لم يكن ظهراً لان تغاير من جهة المشبهة لان هذه الاشياء مما يجوز النظر اليها ومسها
بغير شهوة وكذا لو قال يدك أو رجلك الخ على كيدها أو كرجلها الخ لم يكن ظهراً لان تغاير من الجهتين
وإذا أحكمت ملاحظة الاصلين أخرجت فرداً كثيرة عن تفریق ما جعناه مثل فرجك كفرج أى
فرجك كخذا أى يكون ظهراً بطنك كفرجهاء لا يكون ظهراً ووجه الاعتبار في المشبهة يكون
العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما أحال عليه في الطلاق لان المحرمة هنا كالمطلقة هناك وقد
يناه هناك وفي المشبهة يكون العضو مما لا يحل النظر اليه من المحرمة ماذ كره بقوله لان الظهار ليس
الانشبيهة المحللة الخ وقد غمنا في أول هذا البحث (قوله لان) أى أخته وعته وأمها من الرضاعة

وانما المعنى يجوز لا يحل النظر اليه اه فاستعمل من يعنى ما ومن في من محارمه للتبعض قال الاتفاق أى إذا شابه
امرأته عن لا يحل للرجل النظر الى هذه الاشياء الظاهر والبطن والفرج والفخذ على التأيد من سائر المحارم اه فعلى هذا تخلصوا الصلة عن
العائد الا أن قال المضاف مقدر أى لا يحل النظر الى أعضائها المعهودة قال المصنف (على التأيد) أقول قال تاج الشريعة احترامه
عن المطلقة فلا وكذلك كل من كانت حلالاً ثم حرمت عليه مثل أم امرأته اه لكن إذا شابهها ما يكون مظاهراً

في التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله أنت على كظهر عمتك أو أختك لأن حرمتها ليست على التأييد بل موقفة بانقطاع عصمتها لها ثم المراد تأبد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله فإن الجوسية محرمة على التأييد ولو قال كظهر جوسية لا يكون ظهرا إذ كره في الجوامع لأن التأييد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز إسلامها بخلاف الأمية والاختية وغيرهما لا يقال يرد على اشتراط تأبد الحرمة ما لو ظاهر من امرأته ثم قال لاخرى أنت على مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها وبعد التكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التأييد لأن ثبوت الظهار في هذه انما هو باعتبار تضمن قوله لها أنت على كظهر أمي لأن تشبيهها بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال أنت على مثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها وفي الحقيقة لو شبه بأمرأة محرمة عليه في الحال وهي عن تحمل له في حالة أخرى مثل أخت امرأته ومثل امرأته لزوج أو جوسية أو مرتدة لم يكن مظاهرا لأن النص ورد في الام وهي محرمة على التأييد وقد علمت أن هذه كتابات فلا تكون ظهرا ولا إبلا ولا بالنية وبعد اشتراط تأبد الحرمة هل يشترط الاجماع عليها شرطه في النهاية لتخرج أم المرنى بها وينتأبها لانه لو شبهها بهم لم يكن مظاهرا وعزاها الى شرح الطحاوي لكن الخلاف منقول في هذه فتمهم من قال عند أبي يوسف يكون مظاهرا خلافا للمحمد بناء على نفاذ حكم الحام كم لو قضى بحلها عند محمد يتخذ خلافا لأبي يوسف ومنهم من قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون مظاهرا خلافا للمحمد بناء على نفاذ حكم الحام كم يجعل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها أولا بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أولا وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الاجماع أو النص الغير المحتمل للتأويل من غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وان كانت المعارضة ثابتة في الواقع ولهذا يختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحام بخلافه ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال لو قبل امرأة أو لمسه بشهوة ثم شبه امرأته بينها لا يكون مظاهرا عند أبي حنيفة ولا يشبه هذا الوطاء لأن حرمة مخصوص عليها وحرمة الدواعي غير مخصوص عليها وفي الدراية في كظهر أختي من لبن الفعل لا يصير مظاهرا من غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التأييد كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها مع ان في حرمتها عموم نص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله صلى الله عليه وسلم ليبلغ عليك أظف فأنه عمك من الرضاعة لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع والثاني انما يفيد ثبوت أختية بنت الفعل من غير التي أرضعته بالالتزام ومثله ما رأيت لو شبهها بأمرأة الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع ان أبا يوسف يرى تأبد حرمتها لتسويغ الاجتهاد أما ان أرا من أرضعها من لبن الفعل بان نزل له لبن فلا إشكال لكنه بعيد من عادتهم في اطلاقه ولانه لا أختية هناك أصلا ومما يشكل ما ذكره في الدراية أيضا نقلنا عن شرح القدوري رحمه الله زنى أبوه بأمرأة أو ابنه فشبها باباها أو ابنتها يصير مظاهرا عند أبي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عنده حكم الحام كم بحلها لله وعند محمد لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحام وهذا مشكل لأن غاية أم من زينة الاب والابن أن تكون كأم زوجة الاب والابن ولا تحرم أم زوجة الاب على الابن ولا أم زوجة الابن على الاب فليس التشبيه هنا بمحرمة ولو شبه بظهر أبيه أو قريبه أو بظهر أجنبي لم يكن مظاهرا ولو شبهها بفرج أبيه أو قريبه قال في المحيط ينبغي أن يكون مظاهرا لان فرجها في الحرمة كفرج أمه وفي كافي الحام كم رحمه الله المرأة لا تكون مظهرا من زوجها من غير ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت هي أنت على كظهر أبي أو أنا عليك كظهر أمك لا يصح الظهار عندنا وفي المبسوط عن أبي يوسف عليها كفارة عين وقال الحسن بن زياد هو

(ولو قال أنت على مثل أي أو كأي احتمال وجوها ف يرجع الى نيته لينكشف ذلك) وكلامه ظاهر وقوله (وان لم تكن له نية فليس بشئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف) ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة وحده وعن أبي يوسف فيه روايتان احدهما كقول محمد لانه قال في الاماني اذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظاهر وعنه انه قال ابلاء لان الام محرمه (٣٣٠)

عليه بالنص قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وكان قوله أنت على كأي بمنزلة قوله أنت على حرام وقد بينا في هذا اللفظ أنه اذا لم ينوشيا ثبت أقل الوجوه وهو الابلاء وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف على ما ذكره في الكتابان كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيعمل عليه الى ان يبين خلافه بالنية والفرض عدمها ووجه قول محمد ان التشبيه بعض منها لما كانظهارا فالتشبيه بجميعها أولى (وان عني به التحريم لا غير فعند أبي يوسف هو ابلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين) فان الحرمة الثابتة بالابلاء أدنى من الحرمة الثابتة بالظهار اذ حرمة الابلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى وحرمة الظهار لغيرها وهو انه منكسر من القول وزور ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع بالايلاء الكفارة والتابسة بالايلاء ترتفع بدونهما وهو الحسن وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها (وعند محمد

(ولو قال أنت على مثل أي أو كأي يرجع الى نيته) لينكشف حكمه (فان قال أردت الكرامة فهو كما قال) لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام (وان قال أردت الطهار فهو وظهار) لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية (وان قال أردت الطلاق فهو وطلاق بائن) لانه تشبيه بالام في الحرمة فانه قال أنت على حرام ونوى الطلاق وان لم تكن له نية فليس بشئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد يكون ظهار لان التشبيه بعض منها لما كانظهارا فالتشبيه بجميعها أولى وان عني به التحريم لا غير فعند أبي يوسف هو ابلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كافي التشبيه تختص به (ولو قال أنت على حرام كأي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى) لانه يحتمل الوجهين الظهار لما كان التشبيه والطلاق لما كان التحريم والتشبيه نا كيدله

ظهار وقال محمد ليس بشئ وهو الصحيح وفي شرح المختار حكى خلاف أبي يوسف والحسن على العكس وكذا في غيره وفي النبايع والروضة كالاول قال هو بين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن ولو ظاهر من امراته ثم أشرك معها أخرى كان مظاهرا منهما (قوله ولو قال أنت على مثل أي) هنا ألفاظ أنت أي مثل أي كأي حرام كظها ر أي فني أنت أي لا يكون مظاهرا وينبغي أن يكون مكروها فقد صرحوا بان قوله لزوجه بأخيه مكروه وفي حديث رواه أبو داود عن أبي ثيبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامرأته بأخيه فكره ذلك ونهى عنه ونحن نفعل أن معنى النهي هو انه قريب من لفظ تشبيه المحلة بالحرمة الذي هو وظهار ولولا هذا الحديث لما يمكن أن يقال هو ظهار لان التشبيه في قوله أنت أي أقوى منه مع ذكر الاداة ولفظ أخيه في بأخيه استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس بظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم انه لا يد في كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ومثله أن يقول لها يا بنتي أو يا أختي ونحوه وفي مثل أي أو كأي ينوي فان نوى الطلاق وقع بائنا كقوله أنت على حرام وان نوى الكراهة أو الظهار فكان نوى كافي الكنايات وأفادانه كناية في الظهار فعلم ان صريحه يكون التشبيه بعض وان لم يكن له نية فليس بشئ عندهما وهو ظهار عند محمد رحمه الله وجه قوله ان المعنى الشرعي لهذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه ببعض في ضمن الكل غير انه عدل عنه فيما اذا كان له نية شئ يصح ارادته من اللفظ الى ذلك المنوي فصحة الادوات وجعل على معنى عندى في الكرامة وذلك ان المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندى مثل أي أو كأي فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه في نفسه ولهما أن ينعا كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بالكل ليل اذا كان التشبيه به ابتداء ففما اذا كان التشبيه بكلها يتبع مجعلا في حق جهة التشبيه فاما يبين مراد مخصوص لا يحكم بشئ خصوصاً او الحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز الزام المسلم المعصية من غير قصد اليها واللفظ صريح فيها وما أمكن صرف تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه وان نوى به التحريم لا غير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما وكذا غيره فعند محمد ظهار لانه بكاف التشبيه أي أدواته فان الكلام في مثل أي وكأي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا انه حقيقة وقد

ظهار لان كاف التشبيه يختص به ولو قال أنت على حرام كأي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين) فحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسئلة الاولى ووجهها ظاهر

قال المصنف (فالتشبيه بجميعها أولى) أقول فيه بحث فان في الجميع ما يحل النظر اليه كزوج وغيره قال المصنف (لان كافي التشبيه) أقول أي أدواته فان الكلام في مثل أي وكأي جميعا واحد قال المصنف (تختص به) أقول المراد كثر استعماله فيه فلا يرشئ

(وان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلا موعلي قول محمد ظاهر والوجهان بينهما) يعني قوله ليكون الثابت أدنى الحرمين وقوله لان كاف التشبيه يختص به (وان قال أنت على حرام كظهر أي ونوى طلاقاً أو ايلاء لا يكون الاظهار عند أبي حنيفة) وكذا اذا ينو شيئاً كذا في المبسوط (وقالاهو على مانوى) ان نوىظهارا فظهار وان نوى طلاقاً فطلاق (٣٣١) وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره

الصدر الشهيد والامام العنابي في شرحهما الجامع الصغير (لان التحريم محتمل) ونية المحتمل صحيحة (غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً وعند أبي يوسف يكونان جميعاً) يعني يقع الطلاق بنية ويكون مظاهراً بالتصريح بالظهار ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره قضاء فصار بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم وقال في امرأة أخرى وإياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنية وعلى هذه المعروفة بالظهار وضعفه شمس الأئمة السرخسي بأن الطلاق ان وقع بقوله أنت على حرام كان منكماً بلفظ الظهار بعد ما بان والظهار بعد البينة لا يصح وان قال الظهار مع الهلاك ثبت بقوله أنت على حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين وأجاب الامام ظهير الدين عن هذا فقال بصرح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه على جهة ظهار المبانة وان هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لم

وان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظاهر والوجهان بينهما (وان قال أنت على حرام كظهر أي ونوى طلاقاً أو ايلاء لم يكن الاظهاراً عند أبي حنيفة وقالاهو على مانوى) لان التحريم محتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً وعند أبي يوسف يكونان جميعاً وقد عرف في موضعه ولا يخيصة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه نوى ما لا ينافيه فان الحرمة موجب الطهار فثبت المنوى في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام وعند أبي يوسف ايلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت به لا يتعدى به المنوى وتحريمهما مطلقاً بالظهار ولا طلاقاً هو الايلاء ولان الايلاء أدنى الحرمين من حيث السبب والحكم وأمر آخر أما السبب وهو الظهار نفسه فكيف تحضة والا يلاء في نفسه من حيث هو عين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقتضيه وأما الحكم فالكفارة فيه أغلظ حيث قدر الاطعام بستين مسكيناً أو صيام ستين يوماً والأمر الآخر هي أن حرمتها في الايلاء لا تثبت في الحال فانه وان حلف أن لا يقر بها فالشرع طلب منه أن يحث ويطلبها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثاً فعدت اليه بعد زوج آخر عدت بلا ايلاء في حق وقوع الطلاق بغض المدة بل في حق لزوم الكفارة اذا وطئ وكان الايلاء مؤبداً وفي الظهار ثبت في الحال ثم يتعدى الى الدوام ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر أولاً ولو طلقها ثلاثاً والباقى بحاله تعود بالظهار ولا تحل ما لم يكفر وكذا لو ملكها بان كانت أمة فاشترها وانفسخ العقد لا تحل ما لم يكفر ومنهم من قال الاصح انه حينئذ ظهار عند الكل لانه تحريم مؤكد بالتشبيه وفيه نظر لان هذا انما ينطبق على قوله أنت على حرام كما هي وليس الكلام فيه بل في مجرد أنت كما هي وفي أنت على حرام كما هي فأناله محتملان الطلاق والظهار لا البر تصريحاً بالحرمة فأيهما أراد ثبت فان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلاء موعلي قول محمد ظاهر وهما يتبعه المذكوراً نفاعن قاضيان أنه ينبغي أن لا يختلف في كونه ظهاراً لانه تحريم مؤكد بالتشبيه (قوله والوجهان بينهما) يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة أبي يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمين ومن جهة محمد ما ذكرنا وفي أنت على حرام كظهر أي خلاف فعنده لا يكون الاظهاراً سواء نوى طلاقاً أو ايلاء أو لم ينو شيئاً (وقالاهو على مانوى) ظهاراً أو طلاقاً أو ايلاء وان لم تكن له نية فظهار (لان التحريم محتمل كل ذلك) فان نوى الطلاق أو الايلاء يكون قوله بعده كظهر أي ناكيداً لا مغيراً (غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً) معه لانه يقع باثنا بانث حرام ولا يمكن اثبات الظهار بعده بظهر أي (وعند أبي يوسف يكونان) فعيل لا بلفظ حرام اذا أراد اللفظ الواحد معنيين مختلفين بل كل بلفظ وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لانه صريح فيه والطلاق باعترافه بنية كما اذا قال من له امرأة معروفة بزینب طالق ثم قال عنيت الاخرى يقع عليهما في الاخرى باعترافه وفي المعروفة بصرح اللفظ في القضاء فانه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لانه خلاف الظاهر وهذا يقتضي أن وقوع الطلاق والظهار فيما اذا قال عنيت الطلاق عنده انما هو في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع مانوى وفي شرح الكفر ولو نوى الايلاء ينبغي أن يكون ايلاء وظهاراً بالاتفاق لعدم التساني (قوله وقد عرف في موضعه) يعني المبسوط ولا يخيصة انه أي لفظ كظهر أي صريح

تكن له نية يكون ظهاراً فلا يصدق في انطال حكم الظهار ويصدق في ارادة الطلاق لا اعترافه وقوله (وقد عرف في موضعه) يعني مبسوط شمس الأئمة (ولا يخيصة انه أي لفظ كظهر أي صريح في الظهار) ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه الى النية (فلا يحتمل غيره من الطلاق) والا يلاء (ثم هو محكم) لعدم احتمال الغير وقوله أنت على حرام محتمل تحريم الطلاق وغيره كما هي (فيرد التحريم اليه) أي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل على المحكم

قال (ولا يكون الظهار الامن الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهر القولة تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحبل في الملوكة تابع) بدليل انه لو اشترى أمة فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للشترى ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الامة في معنى المتكوجة حتى تلحق بها (ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في الملوكة) وعورض بان الامة محل الظهار بقاء فيجب أن تكون محلا ابتداء كالمظاهر من امرائه (٣٣٣) وهي أمة ثم اشترىها فاته بقي حكم الظهار وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء

كالحرمة في النكاح والجواب ان بقاء الظهار فيما ذكر ليس باعتبار انها محل للظهار بقاء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا تزول الا بالكفاوة وههنا قد صادفت محلا فتبقى الى أن توجد الكفاوة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت نبتت لم تحل بالذلك بسبب ما لم تزوج بزوج آخر (فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف) لكونها محرمة قبل ايجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحلة بالحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكرا من القول وقوله (والظهار ليس يمتحن من حقوقه) أي حقوق النكاح جواب سؤال تقريره الظهار مبني على الملك والملك موقوف فينبغي أن يكون الظهار موقوفا على الاجازة بوقف اعتاق المشتري من الغاصب على اجازة المصوب منه البيع الصادر من

قال (ولا يكون الظهار الامن الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا) لقوله تعالى من نسائهم ولان الحبل في الامة تابع فلا تلحق بالمتكوجة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في الملوكة (فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل) لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس يمتحن من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك (ومن قال لنسائه أتنن على كظهر أي كان مظاهرا منهم جميعا) لانه أضاف

في الظهار بحكم فيه ولفظ حرام محتمل فيرد اليه اذا قرن معه (قوله حتى لو ظاهر من أمته) موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعي وأحمد وجميع كثير من الصحابة والتابعين خلافا للمالك والنوري في الامة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهرى في الموطوءة لنا أن النص يقتضي ان نساءنا بقوله تعالى من نسائهم والامة وان صح إطلاق لفظ نساءنا عليها لغير صحة الإطلاق لاستلزام الحقيقة لان حقيقة اضافة النساء الى رجل أو رجال انما تتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى يصح أن يقال هؤلاء جواربه لانساؤه وحرمة بنت الامة الموطوءة ليس لان أمها من نساءنا مرادة بالنص بل لانها بنت موطوءة وطأ حلالا عند الجمهور وبلا هذا القيد عندنا على انه لو أريد بالنساء هنالك ما نصحه بالاضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي وهن الزوجات والمجازي أعني الاماء بهجوم المجاز لا يمكن للاتفاق على ثبوت ذلك للحكم في الاماء ككشونه في الزوجات أما ههنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا أيضا لثبت بطريق الدلالة لان الاماء ليسن في معنى الزوجات لان الحبل فيهن تابع غير مقصود من العقد ولأن الملك حتى يثبت مع عدمه في الامة المجوسية والمواضعة بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحبل ولان القياس ان لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذب سوى التوبة ورد الشرع بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للامة فيه فيسقط في حقها على أصل القياس ولان الظهار كان طلاقا فنقل عنه الى تحريم مغيبا بالكفاوة ولا طلاق في الامة وليس هذا الوجه بشيء للتأمل (قوله لانه صادق في التشبيه وقت التصرف) والتشبيه انما انعقد سببا للتحريم الغياحين كان كذا بمحضنا فلا يتوقف بقي ان يقال فليتوقف على الاجازة كما يتوقف نكاحها على الاجازة فان أجازت ظهرا كان التشبيه المتع أجاب عنه بقوله والظهار ليس يمتحن من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه لان عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف ولا يثبت الظهار بعد الاجازة بخلاف اعتاق المشتري العبد من غاصب العبد لان الاعتاق حق من حقوق الملك يعني يثبت بالملك حتى ان يعتق اذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفائه ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه وان كان لو قاله لزمه حكمه فاذا أجاز المالك بيع الغاصب عتق (قوله ومن قال لنسائه أتنن على كظهر أي كان مظاهرا منهم جميعا) بلا خلاف (لانه أضاف

الظهار

الغاصب وتقريب الجواب ان الظهار ليس من حقوق النكاح ولو ازمه فلا يلزم من توقف النكاح

على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح أمر مشروع والظهار ليس بمشروع لانه منكرا من القول وما لا يكون مشروعاً لا يكون من حقوق المشروع (بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه) أي الاعتاق (من حقوق الملك) لكونه مهيأ للملك ومتماله (ومن قال لنسائه أتنن على كظهر أي كان مظاهرا منهم جميعا) وكلامه فيه واضح

(قوله فالابتداء والبقاء فيه سواء) أقول فيه بحث نعم كل ما يكون محلا لحكم ابتداء يكون محلا له بقاء أو ما عكسه فغير مسلم وما ذكر من حديث الحرمة لا يفيد (قوله لا تزول الا بالكفاوة الخ) أقول وهل معنى محلة الظهار بقاء الا هذا

وقوله (بخلاف الأيلاء ممنهن) يعني أن يقول لهن والله لأقرب يكن فإنه إذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعا وإن قرب الكل قبل مضى المدة يجب عليه كفارة واحدة لأن الكفارة فيه لصيانة (٣٣٣) حرمة الاسم ولم تعد ذكر الاسم

﴿فصل في الكفارة﴾ لما ذكر حكم الطهار وهو حرمة الوطء ودوا عيسه إلى نهايته ذكر في هذا الفصل ما ينهى تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الطهار والعود جميعا فإن الله تعالى عطف العود على الطهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليها بإلغاء وإنما كان ذلك والله أعلم لأن الطهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة لإباحة فلا يصلح أن يكون سببا للكفارة لأن سببها لا بد وأن يكون أمرا داريا بين الحظر والإباحة على ما عرف في الأصول وضم إلى ذلك العود عما قال لكونه بعض المنكرو وهو حسن ومع ذلك فلا يسبب مستقر لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم أبانها أو ماتت لم تلزمه الكفارة ولو عاد ثم بداه أن لا يطأها سقطت فإن قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز أداء الكفارة بعد الطهار قبل العود حقيقة لأن تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جاز في الجواب أن المراد بالعود حقيقة أن كان الفعل فهو ليس بسبب وإن كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لأنها شرعت لإنهاء الحرمة

الطهار اليهن فصار كما إذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتعدد بتعدد اختلاف الأيلاء ممنهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم تعد ذكر الاسم ﴿فصل في الكفارة﴾ قال (وكفارة الطهار عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا) للنص الوارد فيه فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال (وكل ذلك قبل المسيس) وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتخصيص عليه

الطهار اليهن فكان كإضافة الطلاق اليهن يطلقن جميعا وإنما الخلاف في تعدد الكفارة فعندنا وعند الشافعي تعدد بتعدد من أي كل من أراد وطأها وجب عليه تقديم كفارة وبه قال الحسن والنخعي والزهرى والثوري وغيرهم وقال مالك وأحمد كفارة عتق واحدة وروى ذلك عن عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء اعتبر به باليمين بالله تعالى في الإيلاء قلنا الكفارة لوضع الحرمة وهي متعددة بتعدد من وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره بخلاف ما لو كرر الطهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر في مجلس أو مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدد الإيلاء فبما بعد الأول الأول تأكد إفصاح قضاءه مالا كافيل في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لأن حكم الطهار فيما بينه وبين الله تعالى وأورع لما ثبت بالطهار الأول حرمة مؤقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الطهار وما هو الاتحصيل الحاصل أحجب بالأول ثبت الحرمة المؤقتة مع بقاء ملك الحمل فيصح الطهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع أسباب الحرمة كالتجريم على الصائم لعينها ولصومه وليمينه وهذا لا يدفع سؤال تحصيل الحاصل الآن بأنتم أن ثبت بكل سبب حرمة كما التزم في أسباب الحديث على ما تقدم في الطهارات ﴿فروع﴾ لا يصح طهار الذي وبه قال مالك خلافا للشافعي وأحمد كالأيلاء وهي رواية البراءة عن أبي حنيفة والأول رواية الأصل لنا قوله تعالى والذين يظاهرون منكم والكافر ليس منا والحاقه بالقياس متعذر لأن الطهار جناية حكمها محرم يرتفع بالكفارة وشرك الكافر يمنع من رفع أثر الجناية عنه بالكفارة مع أنه ليس من أهلها لأنها عبادة حتى اشتطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى نحره عمامة وبها وهو غير حكمه بالنص ولأنه لا يقدر عليها على رأيكم إذا يقدر على ملك رقبة مؤمنة والغناء قد الإيمان في حقه بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا اجماع على ذلك ليكون كالتغاضي في إذا انتهكت المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تغسوهن وما أحجب من أنها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه أنها تنفقر إلى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة وما دفع به من أن افتقارها إليها كافتقار الكنيات إليها وليست عبادة مدفوع بأنه قياس بلا جامع لأن افتقار الكنيات إليها لتعين به أحد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة لنفع عبادة والافلأذا والفرق بين الطهار والإيلاء على قول أبي حنيفة حيث أجاز إيلاء الكافر خلافا لصاحبه أن حكم الإيلاء أمران وقوع الطلاق بتقدير البر وهو هذا يتحقق في حقهم لأنهم يعقودون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظر إلى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البر وتعذر التكفير ولو طاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا ثم كفران كفر في يوم الاستثناء لم يجز ولو طاهر يوما أو شهرا صح تقييده ولا يبقى بعد مضى المدة ولو علق الطهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الأمانة العلق على ما سلف ويصح بشرط النكاح فإذا قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت على كظهر أي فترزوجه أزمه حكم الطهار ولو قال أنت على كظهر أي في رجب ورمضان وكفر في رجب أجزأه عنهما ولو طاهر فخن ثم أفاق فهو على حكم الطهار ولا يكون عائدا بالافاقه خلافا لأحد وجهين للشافعية ﴿فصل في الكفارة﴾ (قوله عتق رقبة) أي اعتاقها فإنه لو رث من يعتق عليه فتوى به الكفارة

(٣٠ - فتح القدر ثالث) الثابتة بالطهار ولا يمكن إيقاع الفعل حلالا لا بعد إنهاء الحرمة بالكفارة فوجب التجليل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر ﴿فصل في الكفارة﴾ قال المصنف (النص الوارد فيه) أقول أي في الطهار والكفارة بتأويل التكفير أو ترتيب الكفارة للمعلوم من السياق

والمراد بقوله (عتق رقبة) اعتناق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة ألا ترى انه لو ورث أباه وفوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها وقوله (من كل وجه) متعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال في الرق شرط دون الملك ولهمذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن الكفارة ولو أعتق المدبر عنهم لم يصح واعترض على المصنف من وجهين أحدهما انه لم يسمع عن أئمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال رقف فلان اذا صار رقيقا (٣٣٤) أي عبدا وأجيب عنه بأن الازهرى حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد

مرقوق وكلاهما تنقسه والثاني ان تذ كير الذات لا يجوز فالصواب ذات مرقوفة مملوكة وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشئ فتذ كيره باعتبار المعنى الثاني وقوله (والشافعي يخالفنا) أي لا يجوز اعتناق الرقبة الكافرة في الكفارة (لان الكفارة - حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه الى عبده والله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتناق الرقبة وقد تحقق) وقوله (وقصده من الاعتناق المتمكن من الطاعة) جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى وتقريره أن قصد المكفر بالاعتناق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوه عن خدمة المولى

وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء - لا لا قال (وتجوز في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكرو والانثى والصغير والكبير) لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذهى عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة - حق الله تعالى فلا يجوز صرفه الى عبده والله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتناق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتناق المتمكن من الطاعة

مقارن الموت المورث لا يجوز به عنها (قوله وكذا في الاطعام) يعني يجب كونه قبل المسيس كأخويه والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فله وألحقه به ما وحاصله عقلية ان الكفارة منهية بالتخصيص على ايجادها قبل التماس وهذا كفارة مثلها فيجب كونه قبل التماس وما قدمنا روايته من الحديث الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم الذي واقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلق من غير تفصيل فيجب اجراؤه على اطلاقه لا يقال هذا كله بترأى انه زائدة على اطلاق النص بالخبر والقياس وهو لا يجوز وذلك لانه تعالى قيد الحر برب كونه قبل المسيس فقال فخر برقبة من قبل أن يتماسا ثم أعاد القيد المذكور مع الصيام فقال فن لم يجز فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ثم أطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فلما أريد التقييد في الاطعام لذكركا ذكر فهم ما بل تخصيصه بالاطلاق بعد ما نص على تكرار القيد مع التخصيص غير ممكن في التقييد في الحر برقبة على قصد الاطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على ارادة تكرره مطلقا اذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالخصلة الاولى لواقصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالاخيرة لواقصر عليه معها ولتطويل لواعاد معها بعدهما فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالاطلاق بعد تكرار القيد مع أخويه ظاهر في ارادة انفراده عنهما بمعنى الاطلاق فلا يخرج على القواعد الا ان تحقق فيه اجاع في عصر من الاعصار والثابت فيه الا أن قولنا عن الشافعي وروايتان عن أحمد لا نأقول الثابت بالنص اقتراض الاطعام شرط الحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زائدة بل أوجبنا ذلك بخبر الواحد واللاحق بالخصلة في وجوب التقديم لا في اشتراطه للحل والاصل وان كان الاقتراض فالتعدي الى الفرع منه الوجوب لا يقال حينئذ يختلف الحكم في الاصل والفرع لانا نقول الوصف الذي زاد به الفرض على الوجوب ليس من الحكم فان الحكم هو الايجاب غير أنه ان كان ثبوته قطعيا سمى فرضا وليس كيفية الثبوت جزءا من الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتأمل وعماقنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الاطلاق في ذلك قال أبو حنيفة فيمن قرب التي ظاهر منها في خلال الصوم يستأنف ولو قربها في خلال الاطعام لا يستأنف لان الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق في الاطعام ولا يحمل الاطعام على الصيام لانهم احكمان مختلفان وان اتحدت الحادثة (قوله من كل وجه) متصل بالمرقوق فلذا لو أعتق أم ولده ومدره لا يجوز به عنها بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا وعن ذلك يصح اعتناق الرضيع لصديق الاسم عليه (قوله الكفارة - حق الله تعالى) المشهور بناءا لخلاف على ان المطلق هل يحمل على المقيد أولا فعندهم وعندنا لا في حكم واحد في حادثة

قال المصنف (وكذا في الاطعام) أقول بدلالة النص على ما قرره المصنف فليتأمل فانه سيجيء من المصنف في تعليل جواز قربان المظاهر منها في أثناء الاطعام ما يخالفه قال المصنف (فلا بد من تقديمها على الوطء) أقول

واحدة

وهذا على سبيل الاستصحاب حتى لو جامع في خلال الاطعام لا يلزمه الاستئناف

كذا في شرح تاج الشريعة وفيه ما فيه (قوله وأجيب عنه بان الازهرى حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما تنقسه) أقول في المغرب وأما ذات مرقوفة أو عبد مرقوق كما حكى ابن السكيت فوجهه أن يكون من رقه لانه اذا رجه وهو مرقوق له ثم حذفت الصلة كما في المندوب والمأذون آخر ما قال

(ثم مقارنته المعصية) أي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر (بحال به الى سوء) اعتقاده و (احتيازه) ولقائل أن يقول مقارنته المعصية بحال به الى سوء اختياره لكن لم يكن تصوره ذلك منه مانعا عن الصرف اليه. كما في الزكاة والجواب ان القياس جواز صرف الزكاة اليه أيضا لان فيه مواساة عباد الله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها من أغنيائهم (٢٣٥) وردها على فقرائهم أخرجهم عن

المصرف قال (ولا تجزى العباء) أي لا يجوز اعتناق الرقبة العباء ذكرنا أن أو أنفي وكلامه ظاهر والضابط في تخرج ما يجوز به الاعتناق عن الكفارة وما لا يجوز هو أنه متى اعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقر وبأنية الكفارة وجنس ما يتبع به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احتراز عما إذا اعتق نصف رقبة فجاء بها ثم اعتق النصف الآخر لم يجز وان اعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقر وبأنية الكفارة احتراز عما إذا اعتق عبدا ولم ينو عن الكفارة فإنه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتقاد لا يجوز أيضا وقوله وجنس ما يتبع به من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين أو الرجلين وما عاين ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما إذا اعتق عبده على بدل فإنه لا يقع عن الكفارة وإنما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصرف

ثم مقارنته المعصية بحال به الى سوء اختياره (ولا تجزى العباء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) لان الفاتح جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غيبر مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وأحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفاتح جنس المنفعة الا اننا استحسننا الجواز لان أصل المنفعة باق فإنه اذا صبح عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلا بأن ولد أصم وهو الآخر لا يجوز به (ولا يجوز مقطوع إحدى اليدين) لان قوة البطش بهم ما يفوتهم ما يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل) لان الانتفاع بالحوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع

واحدة لانه حينئذ يلزم ذلك لزوما عقليا اذ الشئ لا يكون نفسه مطلوباً اذ خاله في الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة البين ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع في القسامة المشهورة التي تجوز الزيادة بمنها وللکلام في تحقيق هذا الأصل فن غير هذا ولوترنا الى أصلهم لم يلزم من التضييق في كفارة الامر الاعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو أخف منه ليكون التقييد فيه بيانا في المطلق وتقرير ما في الكتاب ان الكفارة وهي الاعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى غيره والله اذا اعتاق بتعلق به ويحقق أثره وهو العتق كالزكاة والجواب ان هذا لا يعارض إطلاق النص الا اذا كان مانعا عقليا منه وليس كذلك لجواز ان يأذن الله تعالى في الاحسان والتبليص تصدقا على الكافر بالامور الدينية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكاة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على أهل الأديان والاتفاق على جواز الصدقة النافذة عليه مع ان المقصود منه التقرب الى الله تعالى فلو لان مقصود القربة الى الله تعالى يحصل بذلك لم تشرع أصلا ولا يزيد الفرض على كونه قربة اليه تعالى الا بكونه مأمورا به ولا يظهر لو صف المأمورية أثر في مناقاة كون محلها كافرا بعد ما ثبت انه لا ينافي معنى القربة ولولا النص الذي يخص الزكاة لقلنا بجواز دفعها لفقراء أهل الذمة وهذا لان التقرب بذل الفاعل يحصل لا بخصوص محل فعله وهو انما يعتقه لتمكنه من الطاعات بالاسلام شكرا لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من رقبة الرق لا غير ذلك ثم افترافه هو الكفر سوء اختيار منه على نفسه فظهر ثبوت معنى التقرب باعتاقه هذا ويدخل في الكفارة المرتد والمرتدة ولا خلاف في اعتناق المرتدة لانها لا تقتل واعتناق العبد الحر في دار الحرب لا يجوز به عن الكفارة واعتناق المستأن من يجز به (قوله ولا تجزى العباء الخ) الأصل أن يكون المعتق كامل الرق مقر وبأنية وجنس ما يتبع من المنافع بلا بدل فظهر ان اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب وهذا لان بفوات جنس المنفعة نصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ولم يعتبر وفوات الزينة على الكمال مع انهم اعتبروه في الديات فالزموا بقطع الأذن الساخنتين علم الدية وجوزوا هنا عتق مقطوعهما اذا كان السمع باقيا ومثله فبين حلفت لحية فلم تثبت لفساد المنيب وما عللوا به في جعل العين والخصي والمحبوب من الفاتح منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المالك لعل به في فوات الزينة على الكمال لان باعتبار ذلك

ذلك الجنس كالهالك لان قيام الشخص بمنافعه وقوله (ويجوز الاصم) واضح وقوله (لان قوة البطش بهم) يفيد ان ما يزول به تلك القوة كان مانعا فقطح أكثر اصابع كل يد فقطع جميعها

(قوله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها الخ) أقول ولعل هذا خبر مشهور ويجوز به الزيادة على الكتاب (قوله ثم اعتق النصف الآخر لم يجز) أقول حق العبارة أنه لا يجوز (قوله كما تقدم) أقول في أول الصحيفة

وقوله (والذي يمن ويفيق يجزيه) يعني اذا اعتقه في حال افاقته (ولا يجزي عتق المدبر وأم الولد) لان المنصوص عليه فهو بر رقبة مطلقه والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وأم الولد ليست بكاملة (لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا) فانه اذا ثبت فيه شيء من القوة الحكيمة (٣٣٦) زال في مقابلته شيء من الضعف الحكي وقوله (فأشبه المدبر) استدلالا بما لا

(والذي يمن ويفيق يجزيه) لان الاختلال غير مانع ولا يجزي عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيه مانعا ناقصا وكذا المكاتب الذي أدى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن أبي حنيفة أنه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف أمومية الولد والتدبير لانهم لا يحتملان الانفساخ فان أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً جاز خلافاً للشافعي له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله عليه السلام المكاتب عبد مابني عليه درهم والكتابة لاتناقيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه يعرض فيلزم من جابسه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق

لا يصير المرقوق هالكاً من وجه بل الحر فعن هذا افترق الحال بين الاعتاق والدية فيه ويجوز الرقناه والقرناه والعوراه والعشاء والغشواء والبرصاء والرمضاء والخسفي لامقطوع اليدين أو الرجلين أو احدى كل من اليدين والرجلين من جهة واحدة ويجوز من خلاف أما مقطوع ايهما ييدين فلما في الكتاب ومثله مقطوع ثلاث أصابع غير الابهامين من كل يد لان الاكثر كالكل ويجوز مقطوع اصبعين غير الابهام من كل يد لاسقاط الامتنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق لان المنافع كلها في حقه فائتة لان الانتفاع بها انما هو بالعقل وأما الذي يمن ويفيق فيجزي عتقه أطلقه في الهداية والمراد اذا اعتقه في حال افاقته وفي الاصمروايتان وما ذكر في الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين فحمل رواية النوادر الاصم الذي ولد أعم وهو الآخر من فانه لا يسمع أصلاً ولا يتكلم ويحمل ظاهر الرواية الذي اذا أصبح عليه يسمع وروى ابراهيم عن محمد اذا عتق عبداً حلال الدم قضى بده عن ظهره ثم عني عنه لم يجز وفي التجنيس من علامة عيون المسائل اذا عتق عبداً رضاعاً عن ظهره ان كان يربى ويخاف عليه يجوز وان كان لا يربى لا يجوز لانه ميت معني هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولولزم ذلك لو جوب بقطعهم مادية كاملة لكن الشارع لم يعتبرهما الا كغيرهما من الاصابع وأيضاً رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها وذلك ان فوات قوة البطش ليست لازمة ولا عنه فوات جنس المنفعة بل ضعفها (ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد) ويجوز اعتاق المكاتب الذي لم يؤد شيئاً الذي أدى بعض الكتابة والشافعي منعه وألحق المكاتب بالمدبر وأم الولد بجماع انه استحق العتق بجهة الكتابة فأشبه المدبر وأم الولد فنقص الرق فيه كأنقص فيه ما بل هو أولى بعدم الاجزاء منهما فانه لو قال كل مملوك لي حر عتق مدبره وأم ولده ولا يعتق مكاتبه الا بالنية فدل انه أنقص رقاً منهما وبهذا يبطل قولكم الكتابة انما اقتضت فك الحجر لا غير كالاذن في التجارة ولو صح ذلك لاستبد المولى بنفسهها كل منع من التجارة وهذا كله على وجه الالتزام لنا في المدبر فان عنده بيع المدبر واعتاقه جاز وهو مذهب أحد بناء على جواز بيعه عندهما خلافاً لنا وفي أم الولد على وجه الاثبات لنفسه ونحن نمنع ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ على تقدير تحققها يوجب نقصان الرق فان ذلك معني التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء ولو علق بسائر الشروط لم يلزم نقصان الرق فهذا أولى لان سائر التعليقات لا تحتل الانفساخ بخلاف هذا ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وأم الولد لم يتبين نقصان الرق فيهما لان الحاصل فيهما أيضاً تعليق العتق بعون السيد ولو عكن نقصان في رقه لما تصور فسخه

يقول به فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند الشافعي جائز فكان هذا احتجاجاً علينا بما ذهبنا وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد مابني عليه درهم وراه عرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (والكتابة لاتناقيه) دليل آخر وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا بحالة ولم يزل رقه بها لان الشيء لا يزول الا بغيره والكتابة لاتناقي الرق (فانه) أي عقد الكتابة أو ذكره باعتبار الخبر (فك الحجر) اذ لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاغارة والاجارة وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون أجاب بقوله الا أنه أي عقد الكتابة فك الحجر يعرض فكان لازماً من جابسه أي من جانب المولى وقوله (ولو كان مانعا) جواب بطريق

التزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن الاعتاق عن الكفارة لكنه اذا اعتقه عن الكفارة (ينفسخ) قبل الاعتاق (مقتضى الاعتاق اذ هو) أي عقد الكتابة (يحتمل الفسخ) فان قيل لو صح اعتاقه تكفيراً وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا عتق عبده المأذون بجهة التكفير ولما كساب واعادته

أجاب بقوله (الأنه يسلمه) أي للكاتب (الكسب والاولاد لان العتق في حق المحل) يعني المكاتب (بجهة الكتابة) وإذا كان كذلك لا يخرج الكسب والاولاد عن ملكه كالعق في بادء العمل الكتابة وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضا المكاتب ولم يوجد منه صريحاً فيقدر دالة والدلالة انما تتحقق اذا سلم له الكسب والاولاد بفعل (٢٣٧) العتق بجهة الكتابة لانه

لا يختلف لافي ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعناق للتكفير لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظراً للجانبين (أولان الفسخ ثبت ضرورة صحة الاعناق) فلا يظهر في حق الاولاد والكسب وقوله (وان اشترى أباه وأبنيه) واضح

(قوله وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضا المكاتب الخ) أقول فصار لهذا العتق سببان اعتناق مقيد من المولى وعقد الكتابة وحق العبد في ان لا يطل ما ثبت بهذا العقد وقد حصل حكم العلة وهو العتق وهو غير منجز فيضاف الى كل واحد من السببين كلاً كان ليس معه غيره كواحد قتل جماعة فانه يقتل بهم ويصير كل واحد مستوفياً حقه بصفة الكمال (قوله فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لا يختلف) أقول ضمير لانها راجع الى العتق (قوله وجعل الاعناق للتكفير) أقول كيف يجعل عتقه

ان هو يحتمله الا انه تسلم له الكسب والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة أولان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب (وان اشترى أباه وأبنيه ينوي بالشراء الكفارة جازعها) وقال الشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأنيك في كتاب الايمان ان شاء الله وان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر

واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق يثبت العتق بقدره وثبوته من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه وهذا ما يقال في حق العتق كحقيقته وهذا هو الثابت في المدبر وأم الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما أوجبت فكاً في المكاسب وهذا لا يمكن نقصاناً في الرق اذا المكاسب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء رواه أبو داود والمراد به كمال في العبودية والرق وانما يستبد المولى بفسخه لانه يبذل فانه قد لازم على المولى بخلاف الاذن في التجارة لانه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب في كل عملوك له حران نقصان الملك فيه فلا يدخل الابالية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك أعم من محل الرق الا يرى ان الملك يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالامتنعة والحيوان غير الآدمي ففي العبد رق في رقبته وملك يحاذيه فيها ويتعدى الى غيرها من منافعه وكسابه والكتابة أوجبت الفسخ في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق ولكن العتق انما يعتمد الرق لانه لو دار مع الملك ثبت في غير الآدمي أيضاً فكان حينئذ كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المخرج (قوله الا انه يسلم له الكسب الخ) جواب عما قد يقال عتقه حيث وقع انما يقع شرعاً بجهة الكتابة وان عين السيد بجهة التكفير بدليل انه يسلم له الكسب والاولاد بفعل ان بجهة الكتابة أجاب بوجهين الاول ان العتق في المكاتب واحد والاعتناق من جانب المولى يختلف جهاته فقيما رجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متعداً وفيما رجع الى المولى جعل اعتناقه بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها في حق الزوج تحصيل المقصود الزوج عند الطلاق وفي حقها يجعل عليها كاهية مبتدأة وحقيقة الجامع بينهما اذا حصل عين المقصود فلا يبال باختلاف السبب في مسئلة الزوج نفس حقه ليس البراءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبال بكونه عن سبب آخر غير الطلاق وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس الاعتقه عند الاداء وقد حصل عينه الثاني انفساخ الكتابة ضروري اذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لانه تصرف من عاقل مسلم فيما فيه مائع يحتمل الفسخ والثابت بالضرورة بقدره بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتكفير لافي حق الكسب والاولاد لانه لا دالة على الرضا فيه ما في عتق في حقهما مكاتباً فسلم له ولا يلزم من كونه عتق مكاتباً كون عتقه بجهة الكتابة والالتفات بديل الكتابة انما يسام المبدل بوجوب تقرر البديل (قوله وان اشترى أباه وأبنيه ينوي بالشراء الكفارة جازعها) هذا في الشراء أما لو ورث أحدهما فتوى الكفارة فقد قدمناه ولو وهبه أو أوصى له صح الحاصل انه اذا دخل في ملكه بصنع منه ان قوى عند صنعه أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه والا فلا ولو قال ان دخلت الدار فانت حر وقوى كونه العتق وقت دخوله عن الكفارة لا يجوز

بجهة الكتابة وهو معلق باداء البذل والمفروض انه لم يؤد شيئاً والتعويل عندى على الجواب الثاني ومحصوله الفرق بين عتقه وهو مكاتب وعتقه بجهة الكتابة والثابت هنا هو الاول فانهم تنفسخ في حق الاولاد والكسب وعليكم بما رجعت سائر الشروح بذلك بصيرة فيما قلنا (قوله وهو يختلف باختلاف الجهات نظراً للجانبين) أقول قوله هو راجع الى الاعتناق وقوله نظراً لتعليل لقوله وجعل الاعناق ولقوله فجعل العتق الخ

وقوله (بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا) يعني أنه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا لانه يصير حراما بوجوبه على أن الاعتاق عندهم لا يتجزأ أجيب بأنه انما لم يجز لأن وجوب هذا الدين بسبب الاعتاق فلا يكون العتق مجافا فلا يقع عن الكفارة (ولا يبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه) لتعذر استدامة المثلث فيه (ثم يقول اليمين بالضمان) ما بقي منه فكان في المعنى اعتاق (٢٣٨) عبد الاشيا ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمونات تلك باداء الضمان بصفة الاستناد

الى زمان وجود السبب
فصار نصيب الساكت ملك
المعتق زمان الاعتاق وكان
النقصان في ملكه لافي ملك
شريكه ومثله لا يمنع الكفارة
على ما ذكره فيما يليه أجيب
بأن الملك في المضمون يثبت
بصفة الاستناد في حق
الضامن والمضمون له لافي
حق غيره ما على ما عرف في
كتاب الغصب من الزادات
والكفارة غيرهما فلا يثبت
الملك في حقهما مستندا أو يلزم
النقصان المانع (فان
أعتق نصف عبده عن كفارته
ثم أعتق باقيه جاز لانه أعتقه
بكلامين) فلا يحظر وفيه
فان قيل قد تمكن فيه
النقصان لما هو والنقصان
مانع أجاب بقوله والنقصان
متمكن على ملكه بسبب
الاعتاق بجهة الكفارة فانه
أعتق النصف وبعض
النصف الآخر ثم أعتق
ما بقي ومثله غير مانع كن
اخرج شاة للاخمية فأصاب
السكين عينها فان النقصان
لما حصل بفعل النخمية لم
يمنع فكذلك النقصان
الحاصل بفعل الكفارة
بخلاف ما تقدم لان النقصان

وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لانه علك نصيب صاحبه بالضمان فصار
معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجوب عليه السعاية
في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولا يبي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يقول
اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة (فان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز) لانه أعتقه
بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كن اخرج شاة للاخمية
فأصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على أصل أبي
حنيفة أما عندهما فالاعتاق لا يتجزأ فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين (وان
أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة) لان الاعتاق
يتجزأ عنده وشرط الاعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص

ولو فاه وقت اليمين جاز (قوله وضمن قيمة باقيه) يعني أعتق ذلك الباقي أيضا (لم يجز عند أبي حنيفة
وعندهما يجوز) بناء على تجزئ الاعتاق وعدمه عندهما لا يتجزأ فاعتاق نصفه اعتاق كله غير أن
المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه وملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ولا سعاية
على العبد حتى يكون اعتاقا بعوض ولو كان المعتق معسرا لا يجوز بالاتفاق لان على العبد السعاية
عندهما ما فيكون عتقا يبدل وان لم يكن ذلك البديل حاصلا للعتق بل هو للشريك المقصود انه لزم العبد
بدل في مقابلة تجزئ رقبته وعنده يتجزأ فاعنا أعتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس رقبته وقد
تمكن النقصان في الرق في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كام الولد بل أشد لان عتقها
متملق بالموت بخلاف هذا وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع
التكفير كالنذير فصار كانه أعتق عبد الاشيا منه بخلاف المسئلة التي بعده فانه أعتق نصفه ثم
نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فيجوز
كن اخرج شاة ليسذ بجهتها أخمية فأصاب السكين عينها فأعورت فان قيل الملك في المضمون يثبت
مستندا الى وقت وجود السبب وبه يظهر أن نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الاعتاق وهو
اذا ذلك لان نقصان فيه قلنا الملك انما يثبت مستندا في حق الضامن والمضمون له لافي حق غيرهما
فيمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما او الكفارة غيرهما ما لم تجز ولا يخفى ان التعيب
ضرورة اقامة المأمور به ليس كالتعيب بصنعه محتارا حتى انه لو فاق عين الشاة محتارا عند الذبح
نقول لا يجزيه فكان المستترك أولى بالأجزاء من العبد المختص لان مالك النصف لا يقدّر على عتقه
الابطرس بقى عتق نصفه فخاله أشبه ذابح الشاة من مالكة على الكمال وجوابه ان المعنى انه حصل
بسبب اقامة الواجب وهذا القدر كاف في عدم مانعته لا توقف على كونه بحيث لا يمكن اقامة
الواجب الا كذلك فان الشارع لما أطلق له العتق مرة وعمرات كان لازمه انه اذا حصل النقص بسببه
مطلقا لا يمنع وعن هذا بحث بعضهم انه يجب الاجزاء في صورتين فان النقص في الاول أيضا حصل
بسبب العتق كالثاني والعبد وعده سواء لانه نقصان حكى فيه مستوى فيه العبد وخطأ ولان الملك

بالتضمن
بالضمان
تممكن على ملك الشريك حيث لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصر وفا الى الكفارة
لانعدام الملك في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف الباقي وأعتقه قد صرفه الى الكفارة
وهو ناقص وصار في الحاصل كله أعتق عبد الا قدر النقصان وقوله (وهذا) أي جعله اعتاقا بكلامين (على أصل أبي حنيفة) في تجزئ
الاعتاق (أما عندهما فالاعتاق لا يتجزأ فاعتاق النصف اعتاق للكل فلا يكون اعتاقا بكلامين) وعلى هذا مبني المسئلة التي تليها وهي

ظاهرة الا انه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعده بان أي اعتاق وجد بعده هذا وان كان كماله فهو واعتاق بعد المسيس فينبغي أن لا يجوز عن الكفارة وأجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق رقية كاملة قبل المسيس الثاني فصار اعتاق نصف العبد كن لم يكن وكأنه قد جامع قبل الكفارة فيجب أن لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك قال (واذا لم يجد المظاهر ما يعتق) (٣٣٩) اذا لم يجد المظاهر رقية ولا نعمة بصوم

شهرين متتابعين فان صام بالالهة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام لغير الهة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فليعلم ان يستقبل وكذا ان أدخل في صيامه شهر رمضان أو يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح (فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عمدا أو نهرا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يستأنف) وانما يفيد بالتي ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطأ يفسد الصوم كالجاء بالنهار عمدا قطع التتابع فيلزمه الاستئناف بالاتفاق وان لم يفسد بان وطأ بالنهار ناسيا أو بالليل كيما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق وانما يفيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عمدا يستأنف بالاتفاق وأما ذكر العمد فيه في الليل فقد وقع اتفاقا لان الممد والنسيان في الوطء بالليل سواء عرف ان الاختلاف

واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس (واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارة بصوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق) أما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار ما فيه من ابطال ما أوجبه الله والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل (فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عمدا أو نهرا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع اذا لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديعه على المسيس شرطا ففيما ذهبا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه

بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند اعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية وأجاب عن قولهم انما يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بان النقص لما كان حكما فسواء وجد في ملكه بين اعتاق نصفه واعتاق باقيه أو في ملك غيره بين الاعتاقين لانه لو كان ينافي كمال الرقية لم يمنع مطلقا وجوابه ان منافاة الكمال لا تستلزم منافاة الاجزاء الا اذا كان في غير ملكه لانه اهدر لحصوله بسبب اقامة الواجب غير انه اذا وقع في ملك غيره وضمنه كان مشتربا لاناقص رقاه معنى فعتقه عن الكفارة بخلاف ما اذا وقع في ملكه حيث يتحقق فيه الاهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم اعتاقه بحيث اهدر كان كأنه اعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم اعتق باقيه بخلاف الاول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافا الى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان اذا كان في ملك غيره فلم يقع عن الكفارة (قوله واعتاق النصف حصل بعده) فان قيل كل اعتاق بعده هذا وان كان اعتاق عبيد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقية كاملة بعده أيضا قلنا انما يجوز لانه اعتاق رقية كاملة قبل المسيس الثاني وبطل اعتاق ذلك النصف لان الشرط للعمل مطلقا اعتاق كل الرقية قبل المسيس ولم يوجد فقره الاثم بذلك المسيس ثم لم يكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفي معه عتق النصف لان المجموع حينئذ ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت الى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع بجميع رقية (قوله واذا لم يجد المظاهر ما يعتق الخ) في الخزانة لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وقال الشافعي واليه يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتباره بالماء المعد للعطش والفرق عندنا ان المأمو را بما ساكه اعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازي في أحكام القرآن ويرد عليه المسكن وجوابه انه بمنزلة لباسه ولباس أهله بخلاف الخادم وفي الاستيعابي يعتبر الاعسار واليسار وقت التكفير أي الاداء وبه قال مالك وقال أحمد والظاهرية وقت الوجوب والشافعي أقوال كالقوانين وثانها يعتبر أغلظ الخالين (قوله فكفارة بصوم شهرين) ان صامهما بالالهة أجزاء وان كانت ثمانية وخمسين يوما وان صامهما بغيرها فلا يلزم شين يوما حتى لو افطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستئناف (قوله فان جامع التي ظاهر منها) كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فانه لو جامع زوجته الاخرى ناسيا لا يستأنف عنده أيضا كالأكل ناسيا لان حرمة الاكل والجماع للصوم لا يقطع التتابع ولا يقطع بالنسيان بالنقص

في وطء لا يفسد الصوم لابي يوسف ان هذا وطء لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط أي التتابع هو الشرط في كون الصوم كفارة وقد وجد فان قبل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد أجاب بقوله وان كان تقديعه على المسيس شرطا ففيما ذهبا اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني الاستئناف تأخير الكل عنه وتأخير البعض أهون من تأخير الكل

(قوله بان أي اعتاق الى قوله فهو اعتاق الخ) أقول قوله أي اعتاق اسم ان وقوله فهو اعتاق خبر ان

(ولهما ان الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص) وهذا يحتمل وجهين أحدهما أن يكون معناه ان النص يقتضي شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثاني من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه (وهذا الشرط) أي الشرط الثاني وهو الخلو عنه (ينعدم به) أي بالمسيس فينعدم المشروط ويجب الاستئناف لانه ان عجز عن الاتيان قبل المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة الشارحين والثاني أن يقال قوله وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسير الاول بطريق العطف لان ابقائه قبل المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة وبخلاف الجماع عدم الشرط وصار الصوم كأن لم يكن وقد جامع التي ظاهر منها قبل الكفارة والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزمه الاستئناف وهذا أولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا لم يخالف الجواب عن قوله انه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع ان عدم الفساد في التسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى قطع التتابع وفي العمدة عدم القائل بالفصل (وان أفطر يوما منها بعدد) كسفر أو مرض (أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة) وهذا احتراز عما اذا أفطرت المرأة في كفارة (٣٤٠) القتل أو الإفطار بعد الزحيف فأنه لا يستأنف لانها معذورة عادة اذا لم يجد

شهرين متتابعين لحيض فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق في آخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه الاعتق وصار صومه تطوعا لا قناده على الاصل قبل حصول المقصود بالسبد وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته قوله (وان ظاهر العبد) ظاهر

ولهما ان الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف (وان أفطر منها يوما بعدد أو بغير عذر استأنف) لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة (وان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم) لانه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال (وان أعنت المولى أو أطم عنه لم يجزه) لانه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتملكه (واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطم ستين مسكينا) لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا (ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير

فلا يوجب الاستقبال بخلاف حرمة جاع التي ظاهر منها فانه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على المسيس شرط حلها فبالجماع ناسيا في أثناءه يطل حكم الصوم المتقدم في حق الكفارة على وزان ما قلنا في الجماع بعد اعتق نصف العبد لصديق كون المجموع قبل التماس وكون السبب التسيان لا أثر له في نفي هذا الواقع وعدم افساد الصوم بالنص على خلاف القياس وتقييده ليل يكونه عامد ليس بغيره بل جاعا عاهليا لاعامدا أو ناسيا سواء لان الخلاف في وطء لا يفسد الصوم (قوله وان أفطر يوما منها بعدد كرض أو سفر لزم الاستقبال) بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض في كفارة القتل أو الفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض ولو أفطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستئناف لانها لا تجدد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة وجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كسهرين ليس فيهما مناسبا فلذا لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت كالحواضت في خلال صوم كفارة العيمين فانها تستقبل لانها تجدد ثلاثة أيام لحيض فيها (قوله لانه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتملكه) أو قعه تملكه لانه وان أطم المولى عنه أو أعنت فأفاد ان معناه انه ملكه وأمره أن يعتق أو يطعم ليكون هو المكفر اذا لم يمن

(قوله قبل المسيس) أقول أي جنسه (قوله خاليا عن المسيس) أقول أي جنسه (قوله والشرط الثاني من ضرورة الاول الى قوله فينعدم المشروط)

الاختبار

أقول كون الثاني من ضرورة الاول لا يقتضي أن لا يوجد الثاني بدونه كما في اللازم العام

(قوله ويجب الاستئناف لانه ان عجز عن الاتيان به الخ) أقول وفيه انه على هذا التقرير لا يوجد أحد شرطي الكفارة فينتفي المشروط أيضا (قوله لان ابقائه قبل المسيس اخلاؤه الخ) أقول ان أراد اتحادهما اذا تافلس كذلك لعموم الاخلاء وان أراد الاستلزام فلا يفيد وعندى ان الاخلاء من ضرورة التقديم وان المراد بالمسيس ما يطلب حله لاجتناس المسيس ثم لا بد أن يظهر بالتكفير علم انه طلب أن يقع كل مسيسه بعده مبا حافا الذي وقع في خلاله كان مطلوب الحل بحسب ظاهر حاله من البداءة بالتكفير فلم يخل عنه ولم يوجد الشرط واذا استأنف وأخل عنه يوجد الشرط بالنسبة الى ما بعده من المسيس المطلوب حله فليستأمل (قوله وترك العود الى الكفارة) أقول قوله الى الكفارة متعلق بقوله ترك العود (قوله والجواب عن قوله انه الى قوله فلا يتعدى الى قطع التتابع) أقول لا يقال صحة هذا الكلام تستلزم أن يقطع التتابع اذا وطئ غير المظاهر منها بالنار ناسيا أو بالليل كيفما كان وقد صرح بخلافه أنفالا هذا الكلام وارد سندا لمنع استلزام عدم فساد الصوم انتفاء قطع التتابع فلا يصح أن يقال لوصح اذا حاص له لم لا يجوز أن يكون من المواضع التي يقتصر فيها النص على مورد له ولوروده على خلاف القياس فليستأمل

وقوله (أوقية ذلك) أى من غير الاعداد المنصوصة مطلقا وأما فى الاعداد المنصوصة فلا يجوز إذا كانت أقل قدرا مما قدره الشرع وإن كانت أكثر من الآخر أو مثله قيمة حتى لو أدى نصف صاع من ترجيد تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة تبلغ قيمته صاعا من تمر أو شعير لا يجوز إذا الأصل فيه أن كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وإن كان فى (٣٤١) القيمة أكثر لأنه لا اعتبار للمعنى

النص فى المنصوص عليه وإنما الاعتبار به فى غيره وقوله (فى حديث أوس بن الصامت) هو وأخوه عبادة بن الصامت وأوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهى المجادلة التى نزلت فيها آية الطهارة وقد تقدم وأما سهل بن حذاف فقد قيل فيه نظر لأن المذكور فى كتب الحديث سلمة بن حذاف وكذا فى المبسوط وذكر فى المغرب سلمة بن حذاف البياض وما ذكره المصنف موافقا لما أورده الامام المستغفرى فى معرفة الصحابة قال سهل بن حذاف النبى وقوله (فيعتبر بصدقة الفطر) يعنى فى المقدار ولكن بينه ما فرق من وجه آخر وهو أن التفريق ههنا بان يعطى فقيرا من ثمن حنطة ومما آخر فقيرا آخر لا يجوز لأن الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق لم يوجد الاطعام المعتاد للساكنين وأما فى صدقة الفطر فالمعتبر فيها المقدار دون العدد لكونه مسكونا

أوقية ذلك) أقوله عليه السلام فى حديث أوس بن الصامت وسهل بن حذاف لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر بدفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله أوقية ذلك مذهبا وقد ذكرنا فى الزكاة (فإن أعطى ثمانين بر ومئوبين من تمر أو شعير جاز)

الاختيارى إذا ما كاف به أو معناه إن العبد أمره ففعل ذلك فإنه يتضمن عليك ثم اعتناقه عنه واطعامه واعلم أن السيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات إلا كفارة الطهارة لأنها تتعلق بهما حق الزوجة (قوله وإذا لم يستطع الصيام) أى لمرض لا يرجى زواله أو كبر (قوله أوقية ذلك) أى من غير ما نص عليه فلو دفع منصوصا منصوصا آخر بطريق القيمة لم يجوز لأن مبلغ المدفوع القيمة المقدرة منه شرعا مثله دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمته نصف صاع بر أو صاعا من البر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمتيه تبلغه لم يجوز فلو كان التمر صاعا دفعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لأن الاعتبار فى المنصوص عليه لعين النص لا لعناه ولو جاز ذلك فى الاعتبار لزم إبطال التقدير المنصوص عليه فى كل صنف وهو باطل ثم إذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم المقدار المقدر من ذلك الجنس الذى دفعه لهم فإن لم يجدهم باعيا منهم استأنف فى غيرهم لا يقال لو كس عشرة مساكين فى كفارة البمين ثوبا واحدا عن الاطعام جاز عنه إذا كانت قيمة نصيب كل منهم قدر قيمة الاطعام مع أن كل منهم ما منصوص عليه قلنا المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير أنما لا تحقق الثوب فلما لم يصب كلاً ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة أعنى الكسوة أصلا لأنه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر إذ لا كسوة إلا بثوب يصير به مكتسبا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص (قوله فى حديث أوس بن الصامت وسهل بن حذاف) وصوابه سلمة بن حذاف والحديث غريب عنهما وعند الطبرانى فى حديث أوس بن الصامت قال فاطمة ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا أم لك ذلك لأن تعينى فأعانه النبى صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعا وأعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه أنه كان برا لأن التمر والشعير يجزى منه صاع وقد مناعن أبى داود من طريق ابن اسحق عن معمر بن عبد الله بن حفص عن يوسف بن عبد الله بن سلام فى حديث أوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فانى سأعنه بعرق من تمر قالت أمه أنه يارسول الله وأنا أعينه بعرق آخر قال أحسنت قال فيه والعرق ستون صاعا وأخرج عنه أيضا الحديث بهذا الاسناد إلا أنه قال والعرق مكمل بسبع ثلاثين صاعا وهذا أصح لأنه لو كان ستين لم ينجح إلى معاونتها أيضا بعرق آخر فى الكفارة وأخرج أبو داود عن أبى سلمة ابن عبد الرحمن قال العرق زبيل يأخذ خمسة عشر صاعا وهذه معارضة فى أنه كان المخرج تمرا أو برا والله تعالى أعلم وأما الذى فى حديث سلمة بن حذاف البياضى قال فاطمة وسقمان تمرين ستين مسكينا قال والذى بعثك بالحق لقد بينا وحشيين ما أم لك لنا طعاما قال فاطمى إلى صاحب صدقة بنى زريق فليدفعها إليك فاطمة ستين مسكينا وسقمان تمر وكل أنت وعمالك بقيتها الحديث أخرجه أحمد وأبو داود ويكنى ما نسبناه فى صدقة الفطر من أن الواجب من البر نصف صاع إذا قائل بالفرق فى كمية المخرج

(٣١ - فتح القدير ثالث) عنه فيكون التفريق جائزا وقوله (أوقية ذلك) ظاهر

(قوله أى من غير الاعداد) أقول مراده المعدادات (قوله فلا يجوز إذاؤها قيمة إذا كانت أقل قدرا) أقول وأما إذا كانت أكثر أو مساوية فيجوز كما يجزى نظيره (قوله تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز) أقول قوله لا يجوز يعنى لا يجوز فى الاعداد المنصوصة (قوله لأنه لا اعتبار للمعنى النص فى المنصوص عليه وإنما الاعتبار فى غيره) أقول ضميره راجع إلى المعنى وضمير غيره راجع إلى المنصوص

وقوله (لحصول المقصود اذا الجنس متحد) يعنى من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكبيل أحدهما بالآخر وأما اذا اختلف الجنس كما اذا أطم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة أرخص من الطعام لم يجز هنا أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام لأن الزى ان الاباحة في أحدهما تجوز دون الآخر واستشكل بما اذا اعتق نصف رقبتيه بان كان بينه وبين شريكه عبدان فأعتق نصيبه منهم ما عن الكفارة لا يجوز عنها وان اتحد الجنس من حيث الاعتاق وأجيب بأنه انما لا يجوز لان نصف الرقبتي ليس برقبة كاملة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها وقوله (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره) ظاهر وقوله (فان غداهم وعشاهم) بكلمة الواو لا بالباء ولان التفدية وحدها أو التعسمة وحدها لا تجزى قال في المبسوط المعبر في التمكن أن كلان مشيعتان إما الغداء والعشاء وإما غدا أن أو عشا أن لكل مسكين فان المعسر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله اذا غدى ستين وعشى ستين آخرين لا يجوز وقوله (قليلا أكلوا أو كثيرا) يعنى ان (٢٤٣) المعبر هو الشبع لا المقدار وان كان أحدهم شبعان اختلف المشايخ فيه فذهب

لحصول المقصود اذا الجنس متحد (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزاء) لانه استقر ارض معنى والفقر قابض له أو لا ثم لنفسه فحقق تلكه ثم تلكه (فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما أكلوا أو كثيرا) وقال الشافعي لا يجوز له الا التملك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر وهذا لان التملك أدفع للحاجة فلا ينوب منه الاباحة ولما أن المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكن من الطعم وفي الاباحة ذلك كافي التملك أما الواجب في الزكاة لا يتأوى في صدقة الفطر الاداء وهما للتملك حقيقة

في المداقات الواجبة (قوله لان الجنس متحد) وهو جنس هذه الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاقه نصي عبد من مشتركين بينهما وبين غيره على قول أبي حنيفة فان الجنس وان كان متحدا لكن امتنع الاجزاء فيه لما منع آخر وهو ان المأمور به اعتاق رقبة ونصفا رقبتيه ليسارقية بخلاف الانحمة فان الاشتراك فيها لا يمنع الانحمة من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدن شرعا (قوله فان غداهم وعشاهم جاز) لان المعبر أن كلان مشيعتان بخبز غير مأدوم ان كان خبز بر في سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانا غداء وعشاء أو غدا من أو عشاء من بعد اتحا السنين فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع عن أبي حنيفة في كفارة اليمين لو قدم بين يدي عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعا أجزاءهم وان لم يبلغ ذلك الاصاغا أو نصف صاع فان كان أحدهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام عشرة وقد شبعا وقال بعضهم لا يجوز لان المعبر اشباعهم وهو ليس بشبع بل أشبع القسعة (قوله وهو حقيقة في التمكن من الطعم) الطعم بالضم الطعام لا يقال الاتفاق على جواز التملك فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الاطعام مشتركا مع ما أوفى حقيقة ومجازه لانا نقول بجواز التملك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كافي حرمة الضرب والشتم مع التأنيف كذا هذا فلما نص على دفع حاجة الاكل فالتملك الذي هو سبب دفع كل الحاجات التي من جهتها الاكل يجوز

من قال بجوازه لانه وجد إطعام العدد المعين وقد شبعا ومنهم من قال لا يجوز لان المأخوذ عليه اشباع السنتين وهو ما أشبعهم وقوله (وقال الشافعي) متعل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة الا التملك قياسا على الزكاة وصدقة الفطر (وهذا) أى عدم جواز الاباحة (لان التملك أدفع للحاجة فلا ينوب منه الاباحة ولما أن المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكن من الطعم) لانه جعل الغير طعاما (وفي الاباحة ذلك) أى التمكن (كافي التملك) فيأتى الواجب بكل واحد منهما أما بالتمكن فلمرعاة عين

النص وأما بالتملك فلا شتم له على المنصوص عليه لانه اذا ملك منه فاما أن يطعمه أو يصرفه الى حاجة أخرى فلذلك يقام التملك مقام المنصوص عليه أما الواجب في الزكاة فهو الايتاء لقوله تعالى وأتوا الزكاة وفي صدقة الفطر الاداء لقوله عليه السلام أدوا عن غفون وهما التملك حقيقة

(قوله وأما اذا اختلف الجنس الى قوله لم يجز الخ) أقول وأما اذا كان مثله قيمة أو أكثر فيجوز بطريق أداء القيمة قال المصنف (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزاء) أقول قال العلامة لزبلي ثم في ظاهر الرواية ليس للمأمور أن يرجع على الآخر لانه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك وعن أبي يوسف أنه يرجع ويجعل قرضا لانه أدناهما شرعا اهـ وهذا تبين ان تعديل المصنف للمسئلة بقوله لانه استقرض معنى ليس كما ينبغي لعدم انتقاضه على ظاهر الرواية والاولى أن يعمل بقوله لانه طلب التملك منه معنى والفقر قابض له أو لا ثم لنفسه فيحقق تلكه ثم تلكه كالأوهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه فليتأمل قال المصنف (وفي الاباحة ذلك كافي التملك) أقول كان الظاهر ان يقول وذلك هو الاباحة فيستلزمه التملك

وقوله (ولو كان فيمن عشاها صبي) ظاهر وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه. يعني إذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الإباحة فلا خلاف لاحد في عدم جوازه. وأما إذا كان بطريق التملك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يجوز لأن المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف إلى الغنى. وعندما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له إلى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى إليه بخلاف كفارة أخرى لأن المستوفى في حكم تلك الكفارة كالعدم ولا يمكن أن يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرنا في التقرير بأن من هذا (وقد قيل يجوز به لأن الحاجة إلى التملك كثيرة تتجدد في يوم واحد) فإذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الأيام بخلاف حاجة الإباحة بالطعام فإنه إذا استوفى حاجته في يوم تنتهي حاجته إلى الطعام ولا تتجدد إلا بتجدد الأيام (بخلاف ما إذا دفع دفعة واحدة لأن التفريق واجب بالنص) وهو قوله فاطعام ستين مسكينا ولم يوجد لاحقية ولا تقدير فلا يجوز كالحاج إذا رعى الحصيات السبع دفعة واحدة

قال المصنف (ولو كان فيمن عشاها صبي) أقول مسألة كتاب الإيمان ذكرها (٢٤٣) بسبيل التفريق وان لم تكن

مذكورة في الجامع الصغير ومختصر القسودرى. لكن كان ينبغي أن يقول فيمن غداهم وعشاها أو يقول فيهم أو يقول لو كان أحدهم فطما لأن العشاء وحده لا يعتبر كذا في شرح الانقائي قال المصنف (وان أطمع مسكينا واحدا ستين يوما أجزاءه وان أطمع مسكينا واحدا ستين يوما أجزاءه وان أعطاه في يوم واحد لم يجزه) أقول اختار في الأولى لفظ الإطعام وفي الثانية لفظ الإعطاء ليعلم حال التملك في الأولى والإباحة في الثانية بطريق الأولى قال المصنف (والحاجة تتجدد في كل يوم) أقول يفهم منه تعليل المسئلة الثانية (قوله وقوله وهذا إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه) أقول لا يظهر

(ولو كان فيمن عشاها صبي فطيم لا يجزئه) لأنه لا يستوفى كاملا ولا بد من الإدام في خبر الشعر لم يكن الاستيلاء إلى السبع وفي خبر الخطة لا يشترط الإدام (وان أطمع مسكينا واحدا ستين يوما أجزاءه وان أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه) لأن المقصود سد الخلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره وهذا في الإباحة من غير خلاف. وأما التملك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزئه وقد قيل يجوز به لأن الحاجة إلى التملك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما إذا دفع دفعة واحدة لأن التفريق واجب بالنص

فانه حينئذ يدفع لحاجة الكل وغيره (قوله وان أطمع مسكينا واحدا ستين يوما أجزاءه) وقال مالك والثاقي وهو الصحيح من مذهب أحمد لا يجزئه وهو قول أكثر العلماء لأنه تعالى نص على ستين مسكينا وشكر والحاجة في مسكين واحد لا يصير هوسين فكان التعليل بأن المقصود سد الخلة المحتاج إلى آخر ما ذكر مبطل لا يقتضي النص فلا يجوز وأصحنا أشد موافقة لهذا الأصل ولذا قالوا في المسئلة الثانية عن قريب وهي ما إذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين دفعة واحدة لا يجوز لأن التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما إذا رعى الجرات السبع مرة واحدة تختص عن رمية واحدة مع أن طريق الدفع غير مصرح به وإنما هو مدلول التزامي لعدد المساكين ستين فالنص على العدد أولى لأنه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم أن يشكر الحاجة يشكر المسكين حكما فكان تعدد أحكاما وتعامه موقوف على أن ستين مسكينا مراد به الأعم من الستين حقيقة أو حكما ولا يخفى أنه مجاز فلا يصير إليه الإجماع فان قلت المعنى الذي باعتبار به بصير اللفظ مجازا ويندرج فيه التعدد الحكيم ما هو قلت هو الحاجة يكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد إذا تحقق تكررها الآن الظاهر أنها هوسين مدفوعة ذوات المساكين مع عقوبة أن العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع التلويح على المحبة والدعاء (قوله وهذا) أي عدم الأجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه إلا عن يومه يعني إذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الإباحة لا يجوز من غير خلاف لأنه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثاني فكان إطعام الطعام

جمله إشارة إلى مجموع ما ذكر من المسائلين لا يلزم التفكيك قال المصنف (وقد قيل لا يجزئه) أقول وذكر في المحيط وهو الصحيح كذا في النهاية وإلى يشير قول المصنف وان أعطاه في يوم واحد لأن الإعطاء والتملك في التلويح ما يخالف ذلك لكن لا تعويل عليه قال المصنف (لأن الحاجة إلى التملك تتجدد) أقول قال ابن الهمام وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختباره إلا أن الأول أحوط ونكتة جوابه منع كون التملك لما أقيم مقام الإطعام اعتبر ذاته من حيث هو تملك بل يجب اعتباره من حيث هو إطعام لأنه لما أقيم مقام الشيء اعتبر فيه أحكام ذلك الشيء اه. ولك أن تقول اقتصاره على توجيه هذا القول لأن فهم وجه القول الأول بحيث يتضمن جواب وجه الثاني مما قدمه تأمل قال المصنف (لأن التفريق واجب بالنص) أقول ولك أن تقول العدد أيضا منصوص عليه فينبغي أن لا يجوز إطعام مسكين واحد ستين يوما ويمكن أن يجاب بأن نسبة أمر إلى المشتق تفيد عليه المأخذ فيعلم أن المقصود تعدد الحاجة وبه يتعدد المسكين الواحد حكما فلي تأمل

قوله (وان قرب التي ظاهر منها (٣٤٤) في خلال الاطعام) واضح وقوله (والمنع لمعنى في غيره) يعنى توهم القدرة على

الاعتناء ولا يعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة في الاوقات المكروحة قال (واذا أطم عن ظهاريين) وإذا أطم المطاهر عن ظهاريين (ستبزم مسكينا كل مسكين صاعا من برلم يجزئه الا عن واحدة منه - ماعند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجزئه عنهما وان أطم ذلك عين افطار وظهار أجزاء عنهما) اتفاقا (له أن بالمؤدى وفاء بهما) اذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر في الصاع وفاء بهما - لا لمحالة (والمصرف اليه محل لهما) لان الفقير لا يخرج باخذ احد الحقين عن كونه مصرفا لبقاء الخلعة والنية معينة (فيقع عنهما كالأختلاف السبب) يعنى أطم ذلك عن افطار وظهار (أو فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو) لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والفرض عدمها فلت الغت النية

قال المصنف (الانه يمنع من المسيس قبله) أقول فيه بحث قال المصنف (وقال محمد يجزئه عنهما) أقول قال الاتقاني وعندى قول محمد أقوى

(وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف) لانه تعالى ما شرط في الاطعام أن يكون قبل المسيس الا أنه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاتقاء أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه (واذا أطم عن ظهاريين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من برلم يجزئه الا عن واحدة منه - ماعند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجزئه عنهما وان أطم ذلك عن افطار وظهار أجزاء عنهما) لانه بالمؤدى وفاء بهما والمصرف اليه محل لهما فيقع عنهما كالأختلاف السبب أو فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة

أما لو كانت المرات على كات في اليوم الواحد اختلف فيه قيل لا يجوز أيضا الا عن يومه ذلك وصححه في المحيط لان الجوز سد الخلعة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بصرف ما يقوم مقامه فالصرف اليه بعده في يومه اطعام الطاعم فلا يجوز كالأول كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغنى بخلاف الدفع في كفارة أخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لان المدفوع كالأول بالنسبة اليهما فان قيل لو كسا مسكينا واحدا عشرة أو ثوب في عشرة أيام يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة الى الثوب بتجدد اليوم قلنا بتجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف أحوال الناس ولا يمكن تعليق الحكم في الثوب بغير الحاجة اليه فأقيم مضي الزمان مقامها لانها لا تتجدد وأدى ذلك يوم الجنس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها وقيل يجزئه لان التملك لما أقيم مقام حقيقة الاطعام وفرغ من ذلك نظر اليه من حيث إنه تملك والحاجة بطريق التملك ليس لهما منية فكان المدفوع أولا هالك بالنسبة الى المدفوع ثانيا كاهو هالك بالنسبة الى دافع آخر وكفارة أخرى وحينئذ فلا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة اذ الحال قيامها وربما شمر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختباره الا أن الاول أحوط ونكتة جوابه منع كون التملك لما أقيم مقام الاطعام اعتبر بذاته من حيث هو وتعلقه بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما أقيم مقام الشيء اعتبر فيه - أحكام ذلك الشيء وأما ما ذهبت فعدم جواز التملك كالاطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع أنه معنى معارض بمعنى آخر وهو ما ذكرناه (قوله وان قرب التي الخ) الحاصل أنه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان قرب في خلال لم يستأنف لانه تعالى ما شرط فيه أن يكون قبل المسيس ونحن لانحمل المطلق على المقيد وان كان في حادثة واحدة بعد أن يكونا في حكمين والوجوب لم يثبت الا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس يانه لو قدر على العتق أو الصيام في خلال الاطعام أو قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه فلو جوز لناجز عنهما القربان قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم أن يقع العتق بعد التماس والمضى الى المستعصم وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالفقر والمرض والكبر والمرض الذي لا يرجي زواله أمر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب فالاولى الاستدلال بما ذكرنا أول الفصل من النص ولا يعمل بما ذكره في غيره (قوله لمعنى في غيره) هو توهم القدرة على العتق أو الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالاطعام بتخلل الوطء (قوله عن ظهاريين) سواء كانا من امرأ أو امرأتين (قوله الخ) حاصل الوجه أنه وجد مقتضى للوقوع عنهما فيقع وذلك لان مقتضى الاجزاء عنهما مصرف الكيسة التي تجزى عن كفارتين الى المحل مقر وبانسية كونه عماعليه والكل ثابت فليزحم حكمه وهو الاجزاء والجواب من منع وجود مقتضى وانما وجد لو كانت تلك النية معتبرة لكن في الجنس الواحد لغو لانها اعتبرت لتمييز بعض الاجناس عن بعض لاختلاف الأغراض باختلاف الاجناس فلا يحتاج اليها في الجنس الواحد لان الأغراض لا تختلف باعتباره فلا تعتبر في نية مطلق الطهار ويجزئها لا يلزم أكثر من واحد وكون

وبين وجه الترجيح فراجع شرحه قال المصنف (ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو) أقول المدفوع لانه ذلك فان من وجب عليه كفارة اظهر فاعتق عنهما أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء كما يجي بعد أسطر

(واذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع أدنى المقادير والمقادير تمنع نقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى أصل الكفارة) فانه يقع عن احدهما بالاتفاق (بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن كل ظاهر وجب لسبب على حدة وكان بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي أن يقع عنهما والثاني انه لو اعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعمين ولم تلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا حل وطء التي عنها وأجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنسيتين لا فيما كان بمنزلة الجنسيتين وهو جنس واحد وعن الثاني بان اعتناق الرقبة يصلح كفارة عن أحد الظهارين قدر لو محلا فصحت نيته فأما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا فان صلح عن الظهارين قدر الم يصلح لهما محلا (٢٤٥) لان محلها مائة وعشرون مسكينا

وإذا لغت التوبة والمؤدى يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع نقصان دون الزيادة فيقبح عنها كما إذا فوى أصل الكفارة بخلاف ما إذا فترق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر (ومر وجبت عليه كفارة ظاهر فأعتق رقبتين لا ينوي عن أحدهما بعينه جاز عنهما وكذا إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مكسبنا جاز) لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى توبة معينة (وان أعتق عنه مائة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر لا يجزئه عن أحدهما في الفصلين وقال الشافعي له أن يجعل ذلك عن أحدهما في الفصلين لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجهه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له أن يجعل عن أحدهما ما بعد ما أعتق عنهما الخروج الأمر من يده

فكذلك هذا ووجه قول زفرانه أعني عن كل ظاهر انصف العبد فليس له ان يجعل عن أحد ههنا الخرج الامر من يده
قال المصنف (والمؤذي يصلح كفارة واحدة) أقول فيجب القول به نظر للفقراء ولكن يخرج عن العهدة بيقين (قوله وفيه بحث من وجهين
أحدهما ان كل ظاهر وجب الخ) أقول الظاهر ان المضاف مقدر أرى كل كفارة ظهار (قوله وأجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنسين
لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد) أقول فيه بحث فان لك أن تقول انهم ما جنسان لاختلاف السبب والخطاب كظهيرين نعم قد يحد
السبب مع تعدد الكفارة كما اذا ظاهر من نسائه بلفظ واحد على ما تقدم قبيل الفصل ولا يمكن ذلك في الظهيرين فتأمل (قوله فأما اطعام ستين
مسكيناً الخ) أقول فيه بحث فانه لم لا يكفي التفرق الحكمي بنية التوزيع كما كفي التعدد الحكمي فيما اذا أطم مسكيناً واحداً ستين يوماً فليستأمل

ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد لغو) قيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد وكان لغوا واذا لغت صار كأنه اعتق رقبته عن الظهارين ولم ينوعهما وذلك جائز وله ان يصرفهما الى أي مآشاة فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لانه نوى التوزيع في الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لان تسليم اختلاف الجنس فان الحكم وهو الكفارة بالاتفاق في القتل (٢٤٦) و لظهار واحد أجاب بقوله (واختلاف الجنس في الحكم وهو

ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فقلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا بخلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزئ به عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا يذفيه من التمييز والله أعلم

امكان ان يجعله عن احدهما لانه بعد ما وقع على وجهه لا ينقلب الى غيره (قوله فقلغو) واذا لغت بقى نية مطلق الظهار فله ان يعين أي مآشاة كما لو أطبقوا في الابتداء (قوله واختلاف الجنس الخ) لما اختلف باختلاف الجنس واتحاده أجوبة المسائل أفاد ما به الاختلاف والاتحاد فما اختلف سببه فهو المختلف وما لا فالمتحد والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهري من يومين لاختلاف السببين أعني الوقتين حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بالدول وهو من يوم غير من آخر بخلاف صوم رمضان لانه معلق بشهر والشهر وهو واحد جامع للأيام كلها بل لياها لكل يوم وان كان سببا صومه فكذلك شهره فالشهر فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان شهر والشهر وخصوص اليوم فباعتبار أحد السببين لا يحتاج في نية قضائه الى تعيين يوم السبت مثلا أو يوم الاحد وشرط في الصلوات فان تعذر عليه معرفة يوم الظهري ينوى أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه ان لم يكن ساقط الترتيب وقد أسلفناه في باب شروط الصلاة وكذا شرط التعيين في اليوميين من رمضان فينوى عما على من رمضان الاول أو الثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومه ما يزمان يجمعهما ولو نوى ظهرا وعصرا أو ظهرا وصلاة الجنازة لم يكن شارعا في شيء منه ما للثاني وعدم الرجحان بخلاف ما لو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع عن الظهر عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ترجح بالاقوى ولا يصير شارعا عند محمد أصلا للثاني ولو نوى صوم القضاء والنذر أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لان النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النقل وعند أبي يوسف يقع عن الاقوى لان نية التطوع غير محتاج اليها فلو لغت بقي نية القضاء ولو نوى حجة الاسلام والتطوع فهو عن حجة الاسلام اتفاقا عند أبي يوسف لما ذكرنا وعند محمد لانه لما بطلت اجتهتان بالتعارض بقي مطلق النية وبه تنادي حجة الاسلام والله أعلم ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لندفع النيتين فصار كأنه صام مطلقا وجه الاستحسان ان القضاء أقوى لانه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة البين انه عن النذر لانه نقل في أصله وقد مناهذا في كتاب الصوم وذكرا الزام محمد شرعه في النقل في صورة نية الظهر والنقل فارجع اليه فيمكنه ذكرا رواية عنه فيه هذا ومما يعكر على الاصل المهدم ما عن أبي يوسف في المتن لو تصدق عن عين وظهار فله ان يجعله عن أحدهما استحسانا والله الموفق

الكفارة ههنا بخلاف السبب) فان القتل بخلاف الظهار لا محالة واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف اللزومات ولما اختلف الجنس صححت النية فكان اعتاق رقبته واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنسين المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال (نظير الاول) يعني الجنس المتحد (اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزئ به عن قضاء يوم واحد) بناء على ما ذكرنا من انقضاء نية التوزيع وبقاء أصل النية اذ الجنس متحد (ونظير الثاني) يعني الجنس المختلف (اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا يذفيه من التمييز) فان نوى من الليل ان

باب

يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائما اذا الجنس مختلف

واعترض على هذا بما اذا نوى عن قضاء ظهري عليه فان الجنس متحد وتعيين النية لا بد منه والا لا يقع عن واحد منهما وأجيب بأننا لانسلم اتحاد الجنس لانه يختلف باختلاف الخطاب والسبب فان لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من أول الشهر الخ

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في أول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لعنه ملاعنة ولعانا ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب أيضا لان اللعن من جانب الرجل وهو مقدم وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب وسببه قذف الرجل امرأته فذفا وجب الحد في الأجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما ما ورد كنهه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغ من اللعان قال (واذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة) أي من أهل أدائها ولهذا لا يجري بين المملوكين (والمرأة ممن يحد قاذفها) حتى لو لم تكن من ذلك بان تزوجت به كاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما (أو نفي نسب ولدها ووطا بته بموجب القذف فعليه اللعان) فان قيل اللعان يجري بين الاعيين والفاسين وليس من أهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها (٣٤٧) ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه

شرطا في جانب الرجل أيضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجري وان كانت ممن يحد قاذفها أعيب عن الأول بانهم من أهل الشهادة ولو حكم الحاكم بشهادتهم جاز كذا في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضيان وعن الثاني بانه انما يشترط كونه ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن إيجاب حكم فانها اذا لم تكن كذلك لم يلزم الرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي إحصائهما بخلاف ما إذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه فيخل القذف عن إيجاب حكم

باب اللعان

(قوله ثم لقب الباب باللعان الخ) أقول تسمية للكل

باسم جزئه (قوله وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغ من اللعان) أقول وفي الكفاية لا تنفع الفرقة بنفس اللعان حتى لو طلقها في هذه الحالة طلاقا ثانيا يقع وكذا لو أكل كذب نفسه حل له الوطء من غير تجديد النكاح اهـ (قوله وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل أيضا) أقول قال العلامة الزيلعي هذا خطأ فأحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجري بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لئلا عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المذنب عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بوجوب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلا معنى ينع اهـ قال العلامة الامام كمال الدين بن الهمام والحاصل ان المرأة هي المذنبون فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمذنب وهو شاهد فاشتراط أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه والله أعلم اهـ (قوله لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز الخ) أقول وكذا المحدود في القذف

باب اللعان

قال (اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفي نسب ولدها ووطا بته بموجب القذف فعليه اللعان)

باب اللعان

هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعل والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والابعاد يقال لعنه لئن أي لعن نفسه ولاعن اذا فاعل غيره ومنه رجل لعنه بفتح العين اذا كان كثير اللعن لغيره وبسكونها اذا لعنه الناس كثيرا قال والضيف أكرمه فان مبيته * حق ولانك لعنسة للزنا

وفي الفقه هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالانفاط المعروفة سمي ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء ولم يسم باسم الغضب وهو أيضا موجود فيه لانه في كلامها وذلك في كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وما سببه كرسبه قذفه وزوجه بما وجب الحد في الأجنبية وركنه ذلك الفهوم وحكمه حرمتها بعد التسلاع على ماسأني وأهله من كان أهلا للشهادة (قوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا) بأن يقول أنت زانية أو رأيتك تزني أو يازانية هذا مذهب الجمهور وفي المشهور عن مالك لا يجب بقوله يازانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان البتي ويحيى بن سعيد واستضعف بأن الكل رمي بالزنا وهو السبب فيلا فرق (قوله وهما من أهل الشهادة) أي من أهل أدائها على المسلم فلا يجري اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا اذا كان أحدهما مملوكا أو صيبا أو مجنوناً أو محدوداً في قذف وأوردناه يجري بين الاعيين والفاسين مع انه لا أداء لهما ودفع بأنهم من أهلها لانه لا يقبل للفسق ولعدم تميز الاعي بين المشهود له وعليه وهما هو يتدر على ان فصل بين نفسه وامرأته فيكون أهلا لهذه الشهادة دون غيرها وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الاعي لا يلعن (قوله ممن يحد قاذفها) فلو كانت لا يحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه أو كان لها ولد

وقوله (والاصل) اعلم ان موجب (٢٤٨) قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كافي الاجنبية لعموم قوله تعالى

والذين يرمون المحصنات الآية ولم يروى عن ابن مسعود رضي الله عنه قال كذا لو سافر في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل أنصاري فقال يا رسول الله أرى يتم الرجل يحد مع امرأته رجلان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكنت سكنت على غيظكم قال اللهم افتح فترت آية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سماعة اثبت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقاتل والاحمد على ظهرك فقال الصحابة الآن يجلد لالهلال ابن أمية فتبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرننا في آية اللعان فوجدنا هاداه على ان الاصل في اللعان ان يكون شهادات مؤكدات بالايان مقرونة بالعن فاعنه مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الأزواج من الشهداء والاصل في

من الجنس

والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايان مقرونة بالعن فاعنه مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم والاستثناء انما يكون

وليس له أب معروف أو زنت في عسرها ولو مرة أو وطئت وطأ حراما بشبهة ولو مرة لا يجري اللعان وأورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط في جانب الرجل أيضا حتى لو كان الزوج عن لا يحد قاذفه لا يجري اللعان أيضا وان كانت هي عن يحد قاذفها وأجاب في النهاية بان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من احصائه حتى يقع مقام حد القذف وعند عدم احصائه قاذفها لا يكون موجبا شيئا لاحد القذف ولا اللعان أما قذف الرجل عند عدم احصائه فوجب ما هو الاصل وهو حد القذف فلم يحل قذفه عند عدم احصائه عن موجب فذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه اذ الحد أصل اللعان فكان في معنى اللعان قال في شرح الكنز هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يحل بهذا الشرط لان اللعان يجري بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقدوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذ لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلا معنى يمنع اه الحصول ان المرأة هي المقدوفة دونها فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقدوف وهو شاهد فاشتراط أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه (قوله والاصل) أي ان الاصل في اشتراط أهلية الشهادة فيهما واشتراط كونها ممن يحد قاذفه من يحد قاذفها ان اللعان شهادات مؤكدات بالايان فلذلك اشترطنا أهلية الشهادة وانه قام مقام حد القذف في حقه أي قذفه لهما فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا في حقها ان كان صادقا (قوله عندنا) فيذهبنا الطرف ليعيد اخلاق فعند الشافعي اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات وهو الظاهر من قول مالك وأحمد من كان أهلا لليمين وهو من علك الطلاق فكل من علكه فهو أهل له عنده فيجب اللعان من كل زوج عاقل وان كان كافرا أو عبدا وعن مالك وأحمد رواية كقولنا وجهه قوله تعالى فشهدا وقوله تعالى أحدهم أربع شهادات بالله فقله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتل اليمين ألا ترى أنه لو قال أشهد بنوي اليمين كان عينا فلهذا لمنا المحتمل على المحكم لان حله على حقيقة متعذر لان المفهوم في الشرع عدم قبول شهادة الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعهود شرعا عدم تكرار الشهادة في موضع بخلاف اليمين فانه معهود في القسمات ولان الشهادة محلها الاثبات واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقة ما بامر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما وبمجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا من الموجبين المذكورين وهذا التقرير يقتضي في حل مذهبه أن يقال أيمان مؤكدة بأيمان لا أيمان مؤكدة بالشهادة ولنا الآية المذكورة والحل على الحقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم أثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفي اثبات وجهه لالشهادة بمجازا عن الخالفين بصير المعنى ولم يكن لهم حالفون إلا أنفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون أزواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له أصلا فلو كان معنى اليمين حقيقة لفظ الشهادة كان هذا صار فاعنه الى مجازه فكيف وهو مجازي لها ولو لم يكن هذا كان امكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم الحل على اليمين فكيف وهذا صار

الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فدل أنها شهادات عن أكدت بالايان نفي اللهمة

وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذباً كيداً وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لانهم يستعملن اللعن في كلامهن كثيراً على ما ورد في الحديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن أعينهن فعساهن يجترئن على الاقدام لتكثره جرى اللعن على السنن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعاً لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة أجيب بأن الحد زاجر والاستشهاد بالله كاذباً مقرر وناباللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان اللعان قائماً في حقه مقام حد القذف (٣٤٩) يجزى بكريانه في الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف

أربع نسوة في كلمة واحدة أو في كلام متفرق فعليه ان يلعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف أجنبيات فانه يلعن عليهن على حدة واحدة

أجيب بأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لا مطلقاً لانه صار بدلاً عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا رد عليه الاجنبيات على أن ذلك الاختلاف لا يختلف المقصود فان المقصود هنالك دفع عار الزنا عنهم وذلك يحصل باقامة حد واحد وهما لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعدد الجمع بينهما بلعن بعضهن فيلعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدوداً في قذف كان عليه

وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذباً وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد أن يكونا من أهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد أن تكون هي عن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصائها ويجب بنى الولد لانه لما نفي ولدها صار قاذفاً لها ظاهراً

عن المجاز وما توهم صار قائماً كغير لازم قوله قبول الشهادة لنفسه وتكرار الاداء لانه قد قلنا وكل من الحلف لغيره والحلف لا يجاب بالحكم لانه بل باليمين لدفع الحكم فان جازى له ولاية الاتحاد والاعداد والحكم كيفما أراد شرعية هذين الامرين في محل بعينه ابتداء جازله بضامة شرعية ذلك ابتداء ثم هما أقرب في القول لعقلية كون التعدد في ذلك المحل أرباباً لا عما عجز عنه من اقامة شهود الزنا وهم أربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولذا ثبت عند عدمها أعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله أنه لا اله الا هو فغير بعيد أن يشرع عند ضعفها بواسطة تأكيدها باليمين والزام اللعنة والغضب ان كان كاذباً مع عدم ترتيب موجبها في حق كل من الشاهدين اذ موجب شهادة كل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندهما هو الثابت باليمين وهو ان دفاع موجب دعوى كل عن الآخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بهما لان هذا الاندفاع ليس موجب الشهادة بل هو موجب تعارضهما وأما قوله اليمين للثني أي آخره فمصلحة ما اذا وقعت في انكار دعوى مدع والافق بحد يحلف على اخبار بامر نفي أو اثبات وهنا كذلك فانها على صدقه في الشهادة والحق انما على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماه به كما اذا جمع ايماناً على امر واحد يخبر به فان هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقهما لم يكن أحدهما مؤكداً للآخر وتعدى الخلاف تظهر في اشتراط أهلية الشهادة وعدمها (قوله فاقعة مقام حد القذف في حقه) أي بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقاً الا يرى انه لو قذف بكلمة أو بكلمات أربع زوجات له بالزنا لا يجوز به لعان واحد لهن بل لا بد من أن يلعن كل واحدة منهن على حدة ولو كن اجنبيات فمقتضى حد واحد لهن وسبب هذا الاقتراح ان المقصود يحصل في اقامة الحد الواحد لكل وهو دفع العار عنهم ولا يحصل ذلك في اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة ويتعدى اجتماع الكل في كلمة (قوله ويجب بنى الولد) هو أعم من كونه ولده منها أو ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله في الغاية أو نفي نسب ولدها المولود على فراشه لا يفيد لانه لو نفي نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قذفها كما لو نفي عنه

(٣٣ - فتح القدر ثالث) لهن حد واحد لان موجب قذفهن الحد حتمى والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي اللعان ايمان مؤكدة بالشهادة فمن كان أهلاً لليمين كان أهلاً لللعان قال (اذا ثبت هذا نقول) يعني اذا ثبت ان الأصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدة بالاعيان نقول لا بد أن يكون المتلاعنان من أهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد أن تكون المرأة عن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الاحصان ويجب بنى الولد لانه لما نفي ولدها صار قاذفاً لها) كما اذا نفي أجنبي نسب ولده عن أبيه المعروف فانه يكون قذف المرأة فكذلك هذا

(قوله سبب الهلاك) أقول وكذا في جانبها (قوله أجيب بأن اللعان قائم الى قوله فلا يرد عليه الاجنبيات) أقول فيه بحث اذا ظاهراً حكم نسائه في الابتداء كان حكم الاجنبيات فيتموجه السؤال ويجي بعد ثلاثة أسطر

(ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاقد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر المحقق به) وقال الشافعي لا يصير بنى الولد قاذفا لها ما لم يقل ولأنه من الزنا والحوازان يكون من الوطء بشبهة كالموطأ لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من (٣٥٠) زوجها فإنه لا يصير قاذفا ما لم يقل ولأنه من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام

ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة كما اذا نفي أجني نسبة عن أبيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاقد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر المحقق به ويستلزم طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق (فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب

أجني فيكون موجب للعان لما قلنا كذا في شرح الكثر (قوله ولا يعتبر احتمال الخ) جواب عن مقدر تقدير ان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لجواز كون الولد من غيره بوطء بشبهة لازنا أجب بأنه احتمال لا يعتبر لان النسب وان كان محميا ثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء تبوئه إلا من هذا الفراش القائم فاذا انقضاء عنه مع عدم تبوئه من غيره كان نفي التبوت نسبة مطلقا ويستلزم كونه عن زنا فكان قذفا ما لم يظهر خلافه ولم يظهر بعد وانما بقي فيه احتمال كونه في نفس الامر عن غير زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبة أمه الى الزنا به ثم شبه بما اذا نفي أجني نسبة عن أبيه المعروف يعني فإنه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مخرج بخلاف ما في المحيط من انه اذا نفي الولد فقال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا للعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال وفي النهاية والدرية جعل هذا قول الشافعي ثم قال وأجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجها لا يصير قاذفا ما لم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قاله الشافعي الأناظر كناه لضرورة في العان لان الزوج قد يدعي علم ان الولد ليس منه إمالا لم يقربها أو عزل عنها عزلا ينافي ولا يدري من أين هو يعني فيحتاج الى نفيه لانه لا يستلزم من ليس منه يقينا ولا يمكن منسبه الى العان ونبوه فرع اعتباره فاذا فاعترف كذلك لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره وجواب القضاة بخلاف جواب ما المصريح في الهداية والمجيب من صاحب الدرية حيث قال في تقريره قوله في الكتاب ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد الخ لانه يصير قاذفا بالاجماع مع وجود هذا الاحتمال كما في نفي أجني نسبة عن أبيه المعروف ونقله من الأيضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعي كافي النهاية ثم أورد صورة الاجنبية مقيسالة عليه فقال كالموطأ لاجنبية ليس هذا الولد من زوجها ولم يمنع في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لاجنبية وبين قوله لزوجه وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرهما وما في كتاب الحدود فإنه قال ومن نفي نسب غيره فقال ليست لبيك فإنه يحذف ويلد كوفي جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت مع هار حلا بمعامه ليس بقذف لها لانه محتمل الخلل والجماع بشبهة والتكاح الفاسد فكان ينبغي أن يكون كذلك هنا يعني في نفي نسب ولده من زوجته أوجب عنه بأنها جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بينها قلت وعلى ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنا بخلاف قطع نسبة من كل وجه على ما قررناه فإنه يستلزمه (قوله ويستلزم طلبها) وبه قالت الأعنة الثلاثة لانه أي العان حقها لانه يدفع العار عنها فيستلزم طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنى الولد فان الشرط طلبه لاجتياحه الى نفي من ليس ولده عنه (فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) فيحدو وعند الشافعي اذا امتنع حده حد القذف وكذا اذا

والقياس ما قاله الأناظر كناه لضرورة في العان لان الزوج قد يدعي علم ان الولد ليس منه بان لم يطأها أو عزل عنها عزلا ينافي ولكن لا يعلم انه زنا أو بوطء عن شبهة فاكفى بنى الولد حتى يقتنى عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق الاجنبى (ويستلزم طلبها) بموجب القذف (لانه حقها) لانه بالعان يدفع عار الزنا عنها (فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع الزوج عن العان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب) وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب أي سبب العان أي علمه وهو التكاذب لان العان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا واما اذا كذب نفسه فلم يثبت التكاذب بل وافق المرأة في أنها لم تزنا ولا يجزى

العان بعد ذلك واما النسخة الاخرى فقبل انها معتبرة على زعم ان سبب العان لا يرتفع بالا كذاب بل يتقرر لا ترى لاعتبار انه يجب عليه الحد بالا كذاب وهو الاصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال أراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط للعان قيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المدينون المفلوس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس

(قوله فإنه لا يصير قاذفا) أقول بخلاف ما مر آنفا

(ولو لاعن وجب عليها اللعان) لما تلونامن النص الا انه يتدأ بالزوج لانه هو المدعى (فان امتنعت
حسبها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه) لانه حق مستحق عليها وعلى قادرة على ايفائه فتحبس فيه
(واذا كان الزوج عبدا أو كافرا أو محمدا في قذف فقدف امرأته فعليه الحد) لانه تعذر اللعان
لمعنى من جهة - فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية
واللعان خلف عنه

(ولو لاعن وجب عليها اللعان)
لما تلونامن النص وهو قوله
تعالى فشهادة أحدهم
أربع شهادات بالله وقوله
(الا انه يتدأ بالزوج لانه
هو المدعى) بناء على أن
اللعان شهادات والمطالب
بها هو المدعى والاستثناء
بمعنى لكن كأنه استشعر أن
يقال المتلون النص لا يدل
على المبدوء به فقال الا انه
يتدأ به وقوله (فان امتنعت)
ظاهر (واذا كان الزوج
عبدا أو كافرا) بان كانا
كافرين فأسلمت المرأة
وقذفها الزوج قبل أن
يعرض عليه الاسلام (أو
محمدا في قذف فقدف
امرأته فعليه الحد لانه
تعذر اللعان لمعنى من جهة)
لانه ليس من أهل الشهادة
(فيصار الى الموجب الاصلى)
(وهو) حد القذف (الثابت
بقوله تعالى والذين يرمون
المحصنات الآية) فانه كان
هو المشروع أولا ثم صار
اللعان خلفا عنه في قذف
الزوج عند وجود الشرائط
فاذا عدمت صير الى الاصل

لاعن فامتنعت عنده تحد الزنا وعندنا تحبس حتى تلاعن أو تصدقه فيرتفع سبب وجوب لعانها
وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل الآخر فيما ادعاء والاوجه كونه القذف
فهو السبب والتكاذب شرط وفي بعض النسخ فيرتفع الشين وهذا اذا اعترف بالقذف فلو أنكر
فأقامت بينة قبلت ولزمه اللعان وفي الجامع لومات الشاهدان أو غابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي
المال يقضى بخلاف ما لو عيا أو فسقا أو ارتد احيث يلاعن بينهما وفي بعض نسخ القدرى أو تصدقه
فتحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق
أربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصد بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درته فيندفع به
اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان النسب انما يتقطع
حكم اللعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في ابطاله وجه قول الشافعى ان الواجب بالقذف مطلقا
الحد بهوم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأثم بأربعة شهداء فاجلدوهم الا انه يمكن من
دفعه فيما اذا كانت المقدوفة زوجة باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفعه به يحد ومنه في المرأة اذا لم
تلاعن بعد ما أوجب الزوج عليها اللعان بلعانه فاذا امتنعت حدث الزنا وبشر اليه قوله تعالى
ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله قلنا قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم الى قوله
تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات أى فالواجب شهادة أحدهم وقد عرف ان غاء الجزاء يحذف بعدها
المبتدأ كثيرا فافاد ان الواجب في قذف النساء اللعان فاما أن يكون ناسخا أو مخصوصا لعموم ذلك العام
للاجماع على أنه ليس بنسخ وعلى التقديرين يلزم كون الثابت في قذف الزوجات انما هو هذا فلا
يجب غيره عند الامتناع عن ايفائه بل تحبس لا يشاءه كافي كل حق امتنع من هو عليه عن ايفائه لا يعاقب
ليوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يقارن العام وهو مخصوص أول وللعلم بتأخره على ما رووا
انه صلى الله عليه وسلم قال للذى قذف امرأته اثت بأربعة شهداء والاخذ على ظهورك فترأت آية الله ان
لم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحد لجواز كونه الحبس واذ قام الدليل على أن اللعان هو
الواجب وجب حمله عليه قيل والعجب من الشافعى لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول
ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا فسقا وأعجب منه انه عين عنده وهو لا يصلح لا يجب
المال ولا لا سقاطه بعد الوجوب وأسقط به كل من الرجل والمرأة الحد عن نفسه وأوجب به الرجم الذى
هو أغلظ الحدود على المرأة فان قال انما وجب عليها النكولها بامتناعها عن اللعان قلنا هو أيضا
من ذلك العجب فان كون النكول اقرارا فيه شبهة والحد ما يندفع به ما يجمع أنه غاية ما يكون بمنزلة الاقرار
مرة ثم ان عنده هذه الشبهة أثرت في منع ايجاب المال مع أنه ثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به
وهو أغلظ الحدود وأصعب اثباتا وأكثر شروطا وفي كافي الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته
بالزنا حازت شهادتهم فتحد هي وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا بحد الثلاثة ولاعن الزوج
(قوله أو كافرا) صورته ما اذا كان الزوجان كافرين فأسلمت هي فقدفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه
(قوله فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات) يعنى الحد ولا
نحزب في هذا الكلام الا أن يكون الموجب الاصلى هو الحد في حق العموم وقد جعل له أن يسقطه باللعان

وقوله (وان كان) هو (من أهل الشهادة) ظاهر وقوله (والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أربعة لالغان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوك تحت الحر والحررة تحت المملوك) قيل وهذا الحديث لم يوجد له أصل في كتب الحديث ولكن أبو بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي بإسناده عن عبد الباقي بن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قيل كفى بابي بكر الرازي (٣٥٢) لعدائه وضبطه ووقعه مقتدى (ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد) لان

امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة فان قيل هلا اعتبر جانبها أيضا وهى محدودة في القذف در الحد أجيب بان المانع عن الشيء انما يعتبر ما عاذا وجد مقتضى لانه عبارة عما يقتضى به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب الحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة في قذفه بطل مقتضى فلا يجب الحد لانه لم ينقد له بل انعقد للعان ولا لعان لبطانه بالمانع ونقض بما لو قذف عيدا امرأته وهى مملوك أو مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من أهل الشهادة فلم ينقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب أن يحد لان القذف يوجبه وأجيب بان في العبد شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت در الحد وليس كذلك المحدود في قذف

(وان كان من أهل الشهادة وهى أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها) بان كانت صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حد عليه ولا لعان) لانعدام أهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام أربعة لالغان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوك تحت الحر والحررة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته إذ هو ليس من أهل

كما قال الشافعي وأما على ما قررنا من ثبوت نسخها في قذف الزوجات فلا يكون للحد وجود في قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير اليه فيهن لانه مقرر الى غير حكمه والدليل ينفيه والحق في التفر برآن يقال النص انما نسخ حكم الحد في حق من كان من أهل الشهادة من الأزواج لاني كل زوج لان لفظه النسخ ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهدا أحدهم نفى ذلك فيبقى العام موجب حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن أهلا فيعمل بمقتضاه (قوله وان كان) أى الزوج (من أهل الشهادة) وهى ليست من أهلها أو من أهلها الا أنها لا يحد قاذفها بان تكون قد زنت في عمرها فلا حد ولا لعان وهو ظاهر فيه ما اذا كانت لا يحد قاذفها أما اذا كانت ممن يحد قاذفها الا أنها ليست من أهل الشهادة بان تكون عفيفة محدودة في قذف فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من أين يستلزم امتناع الحد والحال انما ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج ولم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج لما كان أهلا للعان بان كان أهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه الا اللعان لا الحد فاذا امتنع من جهتها امتنع عام الموجب بخلاف ما اذا امتنع من جهته بعدم أهليته للشهادة فان حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا (قوله والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أربعة لالغان بينهم) أخرج ابن ماجه في سننه عن ابن عطاء عن أبيه عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أربعة من النساء لا ملاعة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوك تحت الحر والحررة تحت المملوك وأخرجه الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الوفاصي عن عمرو بن شعيب وأخرجه بالطريق الاول أيضا وقال وتابعه يعنى تابع عثمان بن عطاء الخراساني بن زيد بن زريع عن عطاء وهو أيضا ضعيف وروى عن الأوزاعي وابن جريج وهما الإمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ثم أخرجه كذلك موقوفا ثم أخرجه عن عمارة بن مطر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كره نحوه وضعف روايته وأنت علمت أن الضعيف اذا تعددت طرقه كان حجة وهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الإمامين اباه موقوفا على جده عمرو بن شعيب على أن معنى الحديث المذكور عما يدل عليه آية اللعان على التقرير الذي ذكرناه من أنه شهادات الى آخره (قوله ولو كانا محدودين فعليه الحد) لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا اذا كان هو عبدا وهى محدودة في قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة والكافرة لا يوجب بخلاف قذف المحدود اذا كانت عفيفة فانه لو قذفها أجنبي يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافرة أو الامة أجنبي لا يحد فكذا الزوج فصار كالوكانا صغيرين أو

مجنونين

شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت در الحد وليس كذلك المحدود في قذف

(قوله قيل هذا الحديث الخ) أقول القائل هو الاتقاني (قوله يجب عليه الحد) أقول كيف يجب الحد والمقذوفه غير محصنة بخلاف قذف المحدودة في القذف فانه لا ينافي الاحصان (قوله لان له شهادة بعد العتق) أقول فعلى هذا ينبغي أن لا يحد الزوج القاذف اذا كان عبدا وهى محدودة في قذف مع أنه يحد الا انه كلام على السند الا خص صرح به ابن الهمام

(وصفة اللعان أن يتدعى القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله أني لمن الصادق من فيمارميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيمارمها به من الزنا يسير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله أني لمن الكاذبين فيمارماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيمارماني به من الزنا) والاصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه أتى بلفظة المواجهة يقول فيمارميتك به من الزنا لأنه أقطع للاحتمال وجهه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبه اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال (واذا التعننا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكمن بينهما)

قوله (وصفة اللعان أن يتدعى القاضي) صفة اللعان على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (فاذا التعننا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكمن بينهما) يفيد انه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التسلاع قبل تفريق الحاكمن توارثا

قال المصنف (وتقول في الخامسة غضب الله عليها) أقول قال الزيلي وانما خصت المرأة بالغضب لان النساء يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب اه في الحديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير

مجنونين وعند الشافعي وغيره بلا عن في الكل لان كل من هو من أهل اليمين فهو أهل له الا اذا كان أحدهم صغيرا أو مجنونا قيل عليه كما أن امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهته فإمكان ينبغي أن تراعى الجهتان فباستبصار جهته ينبغي أن ينتفى اللعان فقط وباستبصار جهتها يسقط اللعان فيبقى به سقوط الحد والجواب أن القذف يوجد أولا منه وهو مقتضى اللعان ان كان أهلا للشهادة والحدان لم يكن وعدم أهليتهما مانع ولا اعتبار للمانع الابعد وجود المقتضى لان مفهوم المانعة يقتضى ذلك اذ حقيقته نسبتة الى المقتضى بالمانع ولا وجود لمقتضى اللعان فلا تعتبر المانعة من جهته اللعان والحد انما يسقط بحكم جهتها بهما لسقوط اللعان ولم يعتبر المسقط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان باساقان قذف الزوج موجب للحد (قوله وصفة اللعان الخ) ظاهر في نعيه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعد بلعائنه افتعيل بعده وبه قال الشافعي وأحمد وأشهب من المالكية وفي البدائع ينبغي أن يعيد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تصدح في شهادة الزوج فلا يصح الابعاد وجود شهادته ولهذا يبتدأ بشهادة المدعى في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف بحمل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان يمين لا شهادة ويجوز تنقيح أحدي اليمينين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة الترتيب ومقتضاء لزوم الاعادة كقول الشافعي لكن في الغاية لو بدأ بلعائنه فخطأ السنة ولا يجب اعادته وبه قال مالك وهو الوجه لان النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم وشهادته الدائرة عنها بقوله ويدأ عنها العذاب أن تشهد ولان الفاء دخلت على شهادته على وزان ما قلنا في سقوط الترتيب في الموضوع من أنه عقب جلة الافعال للقيام الى الصلاة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظر عمدة الفروع قد نفها ثم طلقها بانما يسقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود وهو قول الأئمة الاربعة ولو قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالاول واللعان بالثاني ويحد بالاول ليسقط اللعان ولو طلبت اللعان أولا بلا عن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قد قذفتك قبل أن أتزوجك أو زنت قبل أن أتزوجك فهو قذف في الحال فتلاعن وقال مالك والشافعي يحد وما في خزائن الاكل من أنه بلا عن في قوله زنت قبل أن أتزوجك ويحد في قوله قد قذفتك قبل أن أتزوجك أو وجه قد قذفها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حد ولا لعان ويسقط اللعان بردها ولو أسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم بانها يسقط اللعان ولو أ كذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو كذب نفسه بعد اللعان (قوله لانه أقطع للاحتمال) أي لاحتمال ان يضر مرجع الضمير الغائب غيرها بخلاف الخطاب وتقول هي أيضا انك لمن الكاذبين فيمارميتها به من الزنا والاولى ان يقيمهما القاضي متقابلين ويقول له التعن (قوله اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال) يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لأن المراد ان انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفسرادها لا احتمال معها (قوله لاتقع الفرقة) حتى لو مات أحدهما قبل تفريق

(وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهم لانه ثبتت الحرمة المؤبدة بالحديث) يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبداني الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن (ولنا قوله تعالى فامسك بعروف أو تسريحاً أحسان) ووجه الاستدلال (ان ثبوت الحرمة يفوت الامسك بالمعروف فيلزمه التسريح بأحسان فاذا امتنع نأب القاضي منابه دفعا للظلم) وقوله (دل عليه) أي على أن لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل وقوله (قول ذلك الملاعن) يريد به عويرة الجملاني فإنه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليهما أن أمسكتماهي طالق ثلاثا ولم ينكر عايمه النبي صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لا ينكر (٣٥٤) رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قيل قد أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها

أجيب بان ذلك منصرف إلى طلبه رد المهر فإنه روى أنه قال ان كنت صادقا فهو إلهاماً استحل من فرجها وان كنت كاذباً فلا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال زفر بالحديث يبيح (ثم اذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه لنيابته عنه كما في العنين)

(قوله يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبداني الاجتماع) أقول هذا دليل آخر غير ما ذكره المصنف كما لا يخفى (قوله وهو تنصيص الخ) أقول يعني نفي الاجتماع كالتنصيص فان نفي الاجتماع يستلزم الافتراق (قوله ووجه الاستدلال إلى قوله ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل) أقول فيه بحث فان زفر

وقال زفر تقع بتلاعنهم لانه ثبتت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامسك بالمعروف فيلزمه التسريح بأحسان فاذا امتنع نأب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم كذبت عليهما يا رسول الله ان أمسكتماهي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) رحمه الله لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

القاضي ورثه الآخر ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجي زواله بأن كذب نفسه أو قذف أحدهما أنسا فسد للقذف أو وطئت هي وطأ حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجي عود الاحسان ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو ألى منها صح بقاء النكاح غير أن وطأها محرم كما ستعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التلاعن ما ثلاثا خطأ نذ تفرقه عندنا وعند زفر وبقية الأئمة لا ينفذ (قوله بالحديث) يشير إلى حديث المتلاعنان لا يجتمعان أبدا فإنه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من أن ترتيب الحكم على مشتق يفيدان مبدأ اشتقاقه عنه له وسياق الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوج ثبتت الفرقة بينهما ولا تعلم له في ذلك دليلا مستلزما لوقوع الفرقة بمجرد لعانه قيل وينبغي على هذا أن لا تلاعن المرأة أصلا لانها ليست زوجة والتسليم عروى زفر انما يفيد حرمتها بلعانها لا باللعان أحدهما وهذا لان حقيقة حال اشتغالهما باللعان وهو لا يدخل في الوجود جلة بل على التعاقب فتعذر ارادتها وأقرب الاوقات إلى الحقيقة ما يعقب فراغها من غير مهمة فاعتبرناه وبه نقول وليس يلزم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكره من المعنى وهو أن ما لا ينافيان بعد اللعان فليس يقطع في ذلك بل ولا يظهر بل يجوز حدوث الالفه بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح بأحسان فإنه ثبتت الحرمة فوات الامسك بمعروف فيؤمر بالتسريح بأحسان كما فيما اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانما اذا طالبت به أمره القاضي بالتسريح أو التكفير إلا أن الظلم هنا لا ينتهي بكل من الأمرين بل يأمر واحد هو الطلاق فينحصر أمره فيه فاذا امتنع نأب منابه لانه نصب لرفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر ان رجلا لا عن امر أنه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بامه وما أخرجه أيضا في حديث عويرة الجملاني لما فرغان لعانهما قال عويرة كذبت عليهما يا رسول الله ان أمسكتم افضاها عويرة ثلاثا قيل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم

عليه

يقول ثبت التسريح بنفس التلاعن الآن يحمل كلامهم على المنع والسند يعني

لأنهم لم يثبتوا الحرمة يستلزم ثبوت الفرقة كما في الظاهر بل يستلزم فوات الامسك بالمعروف واذا حصل على ما ذكرنا يظهر وجه ترك المصنف لفظه أيضا لعدم وفاء ما تقدمه بالمطلوب فتأمل قال المصنف (دل عليه قوله عليه السلام) أقول فيه بحث فان الثابت منه صلى الله عليه وسلم تقرير الملاعن على قوله ان أمسكتماهي طالق ثلاثا (قوله أجيب بان ذلك منصرف إلى طلبه رد المهر الخ) أقول الذي في كتب الحديث ان قوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو قبل سؤاله المهر ولا يكون الجواب قبل السؤال قال المصنف (لان فعل القاضي انتسب اليه) أقول فعله هو التفريق المقرن بالحرمة وذلك هو معنى البائن وسيجيء وجه آخر في باب العنين

وقوله (وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما) مسألة مبتدئة (وقال أبو يوسف هو) (٣٥٥) أي الثابت باللعان (تحريم مؤبد

أقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نص على التأييد وهو ينافي عوده خاطبا (ولهما أن الا كذاب) أي الاقرار بالكذب (رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التأييد والعود خاطبا لان معناه لا يجتمعان مادام متلاعنين لانهما يكونان متلاعنين إما حقيقة بما شرعتهما الله من أوجازا باعتبار بقاء حكمه ولم يبق شيء بعد الا كذاب أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلان لما كذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت أهلية اللعان وإذا بطلت الأهلية ارتفع حكمه فيجتمعان

(قوله لانهم ما يكونان متلاعنين) أقول الاظهر أن يقول وكونهم متلاعنين الخ (قوله وجب عليه الحد) أقول يعني بكلمات اللعان كما يجيء (قوله فبطلت أهلية اللعان الخ) أقول بطلان أهلية اللعان انما يكون باقامة الحد عليه لا بوجوبه فقط والاصوب طرح لفظة الأهلية من البين فليتأمل ويجيء بعد سطور ما يفهمك ما قلت وما غير الشارح الاقول المصنف في تعليل قول القدرى فان عاد الزوج وأكذب نفسه الخ الان وضع المسئلة

(وهو خاطب اذا اكذب نفسه) عندهما وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نص على التأييد وله ما ان الا كذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها ولا يجتمعان مادام متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الا كذاب فيجتمعان عليه وسلم وهو الذي عني المصنف بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن الى آخره لكن الصواب ما علمت ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم الناء على المتكلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ورواد أبو داود وقال فطلعت ثلاث تطليقات فأنشد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فحقت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا قال البيهقي قال الشافعي ان عوبرا حين طلقها ثلاثا كان جاهلا بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان في السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط وتفرق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر تفريق حكم للفرقة الزوج وقول الزهري وسهل فكانت سنة المتلاعنين أي الفرقة قال البيهقي والذي يدل على ذلك ما أخرجه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضى الله عنهما في قصة هلال بن أمية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ليس لها عليه قوت ولا سكنى من أجل انهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها وأجيب بأنه لو وقعت الفرقة بجرد اللعان لانكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو انكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله يا رسول الله مالي قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها فدل تفريقه صلى الله عليه وسلم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضى الله عنهما من أجل انهما يفترقان بغير طلاق فانه من قوله وقد يقال ليس هذا مما يكون ترك الانكار فيه حجة لان ما ندع فيه انه محرم حتى يكون ترك الانكار فيه حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات اليه ويحاجب بأنه يستلزم مفسدة حينئذ لان السكوت يفيد تقرره وانه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا الى المفساد لانه يفيد تقرره ووقوعه الآن فيستلزم فيما لو فرض عدم طلاقه أو تأخير الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضي حتى ظن حلها فيجاء بها قبل تجديد النكاح ويؤثر في الآخر والواقع ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الإفضاء الى مثل هذا فان دفع بأن المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت بسيرة جدا اذا فرض أن مجرد الفراغ عندنا بأمره القاضي ان يطلق فان أبى طلق هو والموت في مثلها أندرنادر قلنا ولو كان لا يجوز لانه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعا وأيضا حديث ابن عمر فانه قال فيه فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني أمضى ذلك الطلاق وهو حجة على من قال ان الطلاق الثلاث لا يقع أو تقع واحدة ثم هو أولى من حديث ابن عباس لانه رفع امضاءه صلى الله عليه وسلم الطلاق وذلك انما يكون بعفهم باعتبار ذلك منه صلى الله عليه وسلم (قوله وهو خاطب الخ) يعني اذا كذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحده أو لم يجد صار خاطبا من الخطبة يحمل له تزوجها خلافا لابي يوسف ولو كذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في الغاية ولو كذب نفسه قبل اللعان نظر فان لم يطلعه قبل الا كذاب حذائبا وان أبانهم أ كذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لان اللعان أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد اليقونة ولا يجب الحد لان قد وقع موحيا للعان فلا ينقلب موحيا للحد لان القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف كذاب نفسه بعد اللعان لان حده حينئذ للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الاول لانه أخذ حكمه من اللعان وإذا بحث شهود الزنا اذ رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته الى الزنا وعلى هذا القول يازنية أنت طالق ثلاثا

هناك فيما اذا كذب نفسه بعد اقامة الحد عليه وهما ليس كذلك وبهذا يظهر انه لا تكرار

(ولو كان القذف بولدني القاضي نسبه وألحقه بامه)

لا يجب عليه الحد ولا اللعان لأنه قد ذفها وهي زوجة ثم بانته ولو قال أنت طالق ثلاثا بآزارية حدوكما
تحمل له بأكاذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحمل له لو قذفت شخصا أجنبيا بعدة فذنت أو قذفت هو أجنبيا
فخذ أو زنت أو ارتد أحدهما حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلا للشهادة لا ارتفاع السبب الذي
لأجله افترق المتلاعنان وهو على ما قالوا أنه لا يشكر اللعان بأن يقدفها مرة أخرى وهو لم يشرع بين
الزوجين الأمرة في العراء أو يخلو القذف عن الموجب في الدنيا فخرج أحدهما عن الأهلية وقع الأمن
من ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله إذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا فيثبت بينهما حرمة مؤبدة
لحرمة الرضاع وبه قالت الأئمة الثلاثة وإذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقا بل فسخا ويلزم على
قول أبي يوسف أنه لا يتوقف على تفريق القاضي لأن الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف في كون
الزوجة قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت فإذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم
يتصور توقفها على تفريق القاضي واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب وروى الدارقطني بسنده
من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان إذا افترقا فلا يجتمعان أبدا وقد طعن
الشيخ أبو بكر الرازي في ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح استاده جيد
ومفهوم شرطه يستلزم أنهما لا يفترقا بمجرد اللعان للتمامل فهو حجة على الشافعي على مقتضى رأيه
وأخرج الدارقطني أيضا موقوفا عن علي وابن مسعود قالوا لا يجتمعان أبدا ولا يجتمعان أبدا
وروى عبد الرزاق عن عمرو ابن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على
عمر وابن عمر وابن مسعود أجاب المصنف بقوله ولا يجتمعان مادام متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه
يعني أن الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع فهي القضية المسماة بالشرطة
ولم يبق بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكما بالأكاذاب لنفسه لثبوت النسب
إن كان القذف بولي ولد ولزوم الحد وحكمه عدمه فقد انتفت الوائز الشرعية وذلك يستلزم انتفاء
مسار ومهاشرا فينتفي الحكم المذكور وهو عدم حمل الاجتماع فثبت نفيها وهو حمل الاجتماع
وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكما لما قدمناه من أن أرادتم ما باعتبار
قيام التلاعن حقيقة متعذر ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكما بقدر أن يراد من وجوب بينهما تلاعن
في الخارج وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الكاذب إذا ارتفع حكمه وقطع اغتياره فأعماشرا
عند الكاذب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ولكن بقي النظر في أي الاحتمالين
أرجح وأظن أن الثاني أسرع إلى الفهم والله أعلم وأما ما استدلل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضعفة
بحيث يمنع حصول الانتظام فقد مناهمه وما ذكره بعضهم من أن سبب تأبد الحرمة كون أحدهما
صار مله ونا أو مغضوبا عليه فما بعده عن الفقه إذ لا شك في بقاء اسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح
منها التوبة بفضل ذي الفضل جل جلاله وهذا القدر لا يمنع التناكح (قوله ولو كان القذف بولدني
القاضي نسبه وألحقه بامه) شرط هذا الحكم أن يكون العلوق في حال يجري بينهما فيه اللعان حتى لو
علق وهو كافر أو أمة ثم عتقت وأسلمت فتني نسب ولدها لا ينتفي ولا تلاعن لان انتفاء ما عتقت
شرا حكما لللعان ولا لعان بينهما ولان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا يقطع والله أعلم
وفي الذخيرة لا يشرع لللعان بولي الولد في المحبوب والخصي ومن لا يولد له ولده لا يلحق به الولد وفيه نظر
لان المحبوب يستل بالحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان في القذف بولي الولد في نكاح
فاسد وعند الشافعي وأحمد يجب اللعان به وكذا في نفيه من وطء بشبهة وعند أبي يوسف فيهما الحد
واللعان لانه يلحقهما بالنكاح الصحيح وفي الذخيرة قذفها بولي ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبيا به فخذ

(ولو كان القذف بولدني
القاضي النسب من الاب
وألحقه بامه)

وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أمهد بالله أني لمن الصادقين فيما رمت بك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة (ولو قد فها بالزنا ونفي الولد كفي اللعان الامر ين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه) لما روى أن النبي عليه السلام نفي ولدا من أمه هلال بن أمية عن هلال وأخيه به ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده

الاجنبى ثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفى بعد ذلك لانه لما حذر فاذفها حكم بكذبه (قوله وصورة اللعان) أى في القذف بنفي الولد (قوله لما روى انه صلى الله عليه وسلم نفي نسب ولدا من أمه هلال) قيل انه غلط فانه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفي ولد وقيل المراد بنسب ولدها الذي أتت به فانها حلت من الوطء الذي قذفها به والحديث في البخارى وأبي داود يختلف ألفاظهما وتتفق عن ابن عباس قال جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى ذلك بعينه وسمع بأذنيه فلم يجرحه حتى أصبح ثم غدا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني جئت اهلى عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت بأذني فذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فزلت والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد الا أنفسهم الا أنه فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربي سبحانه وتعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسلوا اليها فجاءت فتلا عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الآية وذكروها وأخبرهما ان عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا وقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذبت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عنوا بينهما فشهد هلال أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فلما كانت الخامسة قيل له اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجهة التي توجب عليك العقاب فقال والله لا بعدنفي الله عليها كالم يجلدني الله عليها فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ثم قيل لها اشهدي فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجهة التي توجب عليك العقاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضع قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لابل ولا ترمى ولا ترمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وقضى أن لا يثبت لها عليه سكنى ولا قوت من أجل انهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان جاءت به أو أصيب أو أربص أتيي نائي الالبتين جش الساقين فهو لهلال وان جاءت به أو ورق جعدا جالبا خدج الساقين سابغ الالبتين فهو للذي رमित به فجاءت به أو ورق الى آخر الاوصاف الثانية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكاني ولها نسان قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك أميرا على مصر وما يدعى لابل هذه في لفظ أبي داود وفي رواية أخرى سائر اليوم لا أفضع قومي وفي مسلم والنسائي عن أنس ان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخا البراء بن مالك لأمه وكان أول رجل لاعن في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظر وهافان جاءت به أبيض سبطا قضى العينين فهو لهلال بن أمية وان جاءت به أكل جعدا جش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فأنبتت انها جاءت به أكل جعدا جش الساقين فهذا ما قبله يدل على انها كانت حاملا وقطع نسب الولد الذي تأتى به وفي سنن النسائي أيضا عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين الجملاني وامرأته وكانت حبلى وأخرجه عبد الرزاق هكذا أيضا وقال زوجها ما قربت من ذفها والنخل وعفار النخل انها كانت لانسقى بعد الابار بشهرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم بين فجاءت بولد على الوجه المكروه

وصورة اللعان في ذلك أن
يأمر الحاكم الرجل
فيقول اشهد بالله الخ وهو
ظاهر (وقوله ولان المقصود
من هذا اللعان نفي الولد)
حيث كان القذف به (فيوفر
عليه) أى على الزوج (مقصوده

(قوله فيوفر عليه أى على
الزوج مقصوده) أقول
وعندى ان مرجع
الضميرين اليارزين هو
اللعان والاضافة لادنى
ملازمة

فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا لنفيه فلا يحتاج أن ينفي القاضي نسبه وبلحقه بامه (وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق بينهما ويقول قد ألزمت أمه وأخرجته من نسب الأب) حتى لو لم يقل ذلك لم ينفع التسبب عنه (لأنه) أي نفي الولد (ينفك عنه) أي عن التفريق أذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لزمت الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي التسبب عنه فلا بد أن يصرح القاضي بنفي التسبب عنه رواه بشر عن أبي يوسف (فإن عاد الزوج وأكذب نفسه) بعد اللعان (حده القاضي لأقراره بما يوجب الحد عليه) قال في النهاية هذا إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف فانه إذا أكذب نفسه بعد القذف والبيئونة لا يجب عليه الحد واللعان أما اللعان فلان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى (٣٥٨) ذلك بعد البيئونة فلا معنى للعان لقوات المقصود ولا حد عليه لأن قذفه كان موجبا للعان

فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول قد ألزمت أمه وأخرجته من نسب الأب لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره (فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) لأقراره بما يوجب الحد عليه (وحل له أن يتزوجها) وهذا عندهما لأنه لا حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم (وكذلك إن قذف غيرها خديعة لما بينا

وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال شهد عويمر بن الحرث العجلافي وقد روى امرأته بشر بك بن حكيم وأتكرحهما فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل فأتتهما متلاعنان فأتعنت عند المنبر ثم ولدت فألق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك بن سماعة وكان عويمر قد لاه قومه وقالوا امرأته لا نعلم فيها الا خيرا فلما جاء الشبه بشريك عذره الناس وعاش المولود سنتين ثم مات وعاشت أمه بعده يسيرا وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء قال الواقدي وحديثي غير الضحاك بن عثمان ان عويمر أفساق الحديث إلى أن قال ولم يحذر رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمر في قذفه شريك بن سماعة وشهد عويمر بن الحرث وشريك بن السماعة أحدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي هذا ان الولد عاش سنتين ومات ونسبه ما نسب في قصة هلال إلى شريك إليه أيضا في قصة عويمر قبل ويجمع بينهما بأنهما واقععتان وفي النفس منه شيء وفي الصحيحين أيضا في قصة هلال عن ابن عباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم بين فوضعت شيئا بالذي ذكر زوجاته وجده عند أهله فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا ان اللعان بينهما كان بعد الوضع وفيما تقدم خلافه وهو هذا تعارض (قوله فيتضمنه القضاء الخ) أي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق (قوله وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق الخ) أي لا يثبت قطع النسب ضمنا للتفريق لأنه أي التفريق باللعان (قوله ينفك عنه) أي عن نفي الولد كما لو مات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ولو نفي نسب أم الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به (قوله فلا بد من ذكره) حتى لو لم يقله لا ينتفي النسب عنه قال شمس الأئمة هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحد فلو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الأب وورثه الأب لا يحتاج الحي إلى النسب ولو ترك بنتا ولو كان فأكذب الملاعن نفسه يثبت نسبه عند أبي حنيفة خلافا لهما وقبل الخلاف على العكس لأن الأن يعبر بانتفاء نسب أمه كما به فهو محتاج إلى ثبوت نسبه (قوله فإن عاد الزوج فأكذب نفسه) أي بعد اللعان ونفي الولد (قوله وهذا عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد على ما سبق (قوله وكذلك إن قذف غيرها الخ) على

والقذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لا لعان بالان وجوب اللعان هنالك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبهانها إلى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها بأكذب نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا إذا رجعوا أو ما فهمنا فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وإن أكذب نفسه فلو قال أنت طالق ثلاثا بآزانية كان عليه الحد لأنها بائنة بالتطليقات الثلاث وإنما قذفها بالزنا بعد البيئونة فعليه الحد ولو قال بآزانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لأنه قد قذفها وهي منكوحته ثم أبانها بالتطليقات وقد بينا أنه بعد قذفها إذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في الميسر (وقوله وحل له أن يتزوجها) تكرار لقوله وهو خاطب

إذا أكذب نفسه عندهما ويجوز أن يقال ذكره هناك تشريرا ونقل ههنا لفظ القدوري وقوله (وكذلك إن قذف غيرها خديعة) يعني جازله أن يتزوجها وقوله (لما بينا) يريد به قوله لأنه لا حد لم يبق أهلا للعان

قال المصنف (فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) أقول في النهاية إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف أي بعد القذف قبل اللعان (قوله قال في النهاية هذا إذا لم يطلقها) أقول لا معنى لهذا الكلام بعد تنقيح المسئلة بقوله بعد اللعان (قوله بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لا لعان) أقول وأما إذا أكذب نفسه قبل التطليق واللعان فانه يحد إذا حينئذ يتلب قذفه سببا للحد لا تعذر اللعان من جهته ولا مجال لذلك المقال إذا أكذب بعد التطليق لأن المقصود باللعان ما حصل كآته حصل نفسه فيقرر سببية اللعان تأمل والله المستعان وبعبارة أخرى تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصير إلى الموجب الأصلي كما سبق وفي الاكذاب بعد التطليق حصل المقصود بالحلف فلا يصار إلى الأصل (قوله تكرار لقوله) أقول وفيما تقدم من أن أول هذا الورق ما ينهك على أنه لا تكرار

(وكذا اذا زنت فحدثت) له ان تزوجها (لا تنفاه أهلية اللعان من جانبها) فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم أنهم مازوجان على صفة الاحصان والمرأة والرجل اذا زنيا بعد احصانهم ما رجحا فيئخذ كان قوله فحدثت معناه (٣٥٩) رجحت فيبعد ذلك أن يبقى

محذوفا للتزوج أجيب بان معنى قوله حدثت جلدت وتصوير المسئلة أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انما زنت بعد اللعان فكان محذوها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شروط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد قال (واذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا يحد قاذفها الوكيلان) (قوله وكذا اذا زنت فحدثت) قبل الاستقيم لانها اذا حدثت كان حدها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد ان تزني تخرج عن الاهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف فيستقيم حينئذ توقف حلها الاول على حدها لانه حد القذف وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدثت فان حدها حينئذ الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال اهلية الشهادة بطر والفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضى عنها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الاهلية ليبتل أثر من الحرمة (قوله ولو قذفها وهي صغيرة أو مجنونة) فذا مقتصرا (فلا لعان) وكذا لو أسند القذف وهي عن يحد قاذفها في الحال بان قال زنت وأنت صبية أو مجنونة وجنونها معهود لم يكن قذفا في الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنت وأنت ذمية أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فانه يقتصر (قوله لانه) أي اللعان يتعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز ولا شهادة الاخرس في الاموال فهنا أولى وكذا اذا كانت خرسا لللعان لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه أو لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة (قوله وفيه خلاف الشافعي) ومالك والظاهر به قبالا عن الإشارة عندهم اعتبره بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته وقالوا ان أمانة بنت أبي العاص أصممت فقيل لها فلان كذا ولفلان كذا فأشارت أي نعم فرأوا أنها وصية فلنا لم يثبت ذلك ولو ثبت فنجوز الوصية عن اعتقل لسانه بالإشارة لا يستلزم جواز حدتها فلا يجوز اللعان لان الإشارة لا تعري عن الشبهة والحد يندري بها بخلاف غيره فانه يثبت معها (قوله وهذا قول أبي حنيفة وزفر) وبه قال أحمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن أبي ليلى وابو نوري وبقولهما قال مالك وأبو حنيفة أولا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ) يعني وقت الوضع اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من وقت القذف لليقين بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوي عن أبي يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي لحديث هلال بن أمية أنه صلى الله عليه وسلم لا عن بينهما وكان قذفها حاملا على ما تقدمه القصة التي ذكرناها (قوله يصير كالملق) كانه قال ان كان في بطنك ولد فهو من الزنا ولو قاله لا يلزمه الحد فكذا ما معناه وان لم يكن حقيقة المعلق اذا بالولادة يظهر انه كان قد انفجر الكن فيه شبهة التعليق اذ في كل موقف شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته فهو كالشرط في حقنا وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندري بالشبهات ويثبت الشبهة امتنع لعانها حاملا عند الان الحمل وان ترتب عليه أحكام كرد المبيعة والارث له والوصية به وله فلا

(وكذا اذا زنت فحدثت) لا تنفاه أهلية اللعان من جانبها (واذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما) لانه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا فكذا الا يلاعن الزوج لقيامه مقامه (وكذا اذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا) لعدم أهلية الشهادة (وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي وهذا لانه لا يعري عن الشبهة والحد يندري بها (واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان بينهما) وهذا قول أبي حنيفة وزفر لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصير قاذفا وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب بنى الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانه لا يثبت بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالملق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط

وزان ما قدمنا في زوال الاهلية بعد اللعان بالقذف بمجرد الزنا (قوله وكذا اذا زنت فحدثت) قبل الاستقيم لانها اذا حدثت كان حدها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد ان تزني تخرج عن الاهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف فيستقيم حينئذ توقف حلها الاول على حدها لانه حد القذف وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدثت فان حدها حينئذ الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال اهلية الشهادة بطر والفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضى عنها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الاهلية ليبتل أثر من الحرمة (قوله ولو قذفها وهي صغيرة أو مجنونة) فذا مقتصرا (فلا لعان) وكذا لو أسند القذف وهي عن يحد قاذفها في الحال بان قال زنت وأنت صبية أو مجنونة وجنونها معهود لم يكن قذفا في الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنت وأنت ذمية أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فانه يقتصر (قوله لانه) أي اللعان يتعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز ولا شهادة الاخرس في الاموال فهنا أولى وكذا اذا كانت خرسا لللعان لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه أو لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة (قوله وفيه خلاف الشافعي) ومالك والظاهر به قبالا عن الإشارة عندهم اعتبره بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته وقالوا ان أمانة بنت أبي العاص أصممت فقيل لها فلان كذا ولفلان كذا فأشارت أي نعم فرأوا أنها وصية فلنا لم يثبت ذلك ولو ثبت فنجوز الوصية عن اعتقل لسانه بالإشارة لا يستلزم جواز حدتها فلا يجوز اللعان لان الإشارة لا تعري عن الشبهة والحد يندري بها بخلاف غيره فانه يثبت معها (قوله وهذا قول أبي حنيفة وزفر) وبه قال أحمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن أبي ليلى وابو نوري وبقولهما قال مالك وأبو حنيفة أولا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ) يعني وقت الوضع اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من وقت القذف لليقين بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوي عن أبي يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي لحديث هلال بن أمية أنه صلى الله عليه وسلم لا عن بينهما وكان قذفها حاملا على ما تقدمه القصة التي ذكرناها (قوله يصير كالملق) كانه قال ان كان في بطنك ولد فهو من الزنا ولو قاله لا يلزمه الحد فكذا ما معناه وان لم يكن حقيقة المعلق اذا بالولادة يظهر انه كان قد انفجر الكن فيه شبهة التعليق اذ في كل موقف شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته فهو كالشرط في حقنا وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندري بالشبهات ويثبت الشبهة امتنع لعانها حاملا عند الان الحمل وان ترتب عليه أحكام كرد المبيعة والارث له والوصية به وله فلا

وقوله (والقذف لا يصح تعليقه بالشرط) انما كان كذلك لان القذف مما لا يخلف به لاقضائه الى ابقائه الى زمان وجود الشرط في ذمة الخالف وفي ذلك احتيال لا يثبت ما يندري بالشبهات

(وان قال لها زنت وهذا الحمل من الزنا) ظاهر وقوله (وقد قدفها حاملا) روى انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به أصيب أربص
جش الساقين فهو لهلال وفي رواية أخرى قصره وان جاءت به أسود جعدا جاليا فهو لشربك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله
عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لك ان لي ولها شان (ولنا ان نبي الولد حكم من أحكامه والاحكام لا ترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن
الاحتمال قبله) أي قبل انفصال الولد وقبل حصول الولادة فان قيل بل ترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله أجيب
بان اللعان في حق الزوج بمنزلة (٣٦٠) الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه ثبت مع الشبهات

(وان قال لها زنت وهذا الحمل من الزنا فلا عنا) لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا (ولم ينف
القاضي الحمل) وقال الشافعي ينفقه لانه عليه السلام نبي الولد عن هلال وقد قدفها حاملا ولنا ان
الاحكام لا ترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحمل
بطريق الوحي (واذا نفي الرجل ولدا امر أنه عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنة وتبتاع آله الولادة
صح نفيه ولا عن به وان نفاه بعد ذلك لا عن ويثبت النسب هذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد
يصح نفيه في مدة النفاس) لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما مدة النفاس
لانه أثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل
عليه وهو قبوله التهنة أو سكوتة عند التهنة أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت فهو ومنع
عن النفي

ثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قد فها نفي الحمل بل بالزنا قال وجدت شريك بن سماعة على بطنها زني
بها وقوله صلى الله عليه وسلم انظر وافان جاءت به كذا الى آخر ما قد متنا فأنظره كان لما العله صلى الله
عليه وسلم يحملها من طريق الوحي أو لان اللعان تأخر حتى ظهر الحمل وكذا أنكرا أحمد بن حنبل لعان
هلال بالحمل فانه ابن الجوزي على أن كون إيمانها كان قبل الوضع معارض فقد قد متنا في الصحيحين
عن ابن عباس ما يفيد أنه كان بعد وضعها وهو قوله فقال صلى الله عليه وسلم اللهم بين فوضعت شيئا
بالذي ذكر زوجهما أنه وجده عند أهله فلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل بأحدهما
بعينه لان التعارض يوجب التوقف (قوله ولنا ان الاحكام لا ترتب عليه) أي على الحمل الا بعد
الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونه نفقا أو ماء وقد أخبرني بعض أهلي عن بعض خواصها انها
ظهر بها حمل واستمر الى تسعة أشهر ولم يشكك فيه حتى تهيأ له بتهنة ثياب المولود ثم أصابها طلق
وجلست الدابة فتحتمل ولم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل عصرة تتجدد ماء حتى قامت فارغة من غير
ولد وأما توريثه والوصية به وله فلا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للولد للحمل وأما العتق فانه
يقبل التعليق بالشرط فعنقه معلق معنى وأما رد الجارية بالسبعة بالحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب
لا يمتنع بالشبهة وفي البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بخلاف بين الأصحاب أما عند أبي
حنيفة فظاهر وأما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد للحمل وانما يثبت له حكم الولد بالانفصال
ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بالعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الرجح شبهة
والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان بها لانه من قبيل الحدود والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس
على العيب (قوله واذا نفي الرجل) الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفي الولد وله
شرطان متفق ومختلف فالمتفق أن لا يقبل التهنة أو لا يسكت عندها وهذا من المواضع التي اعتبر

والارث والوصية يتوقان
على انفصال الولد ولا يتقرر
في الحال وحاصل الجواب
ان قوله الاحكام لا ترتب
برأيه بعضها ونفي الولد
منها لا يلزم إقامة الخدم مع
قيام الشبهة (والحديث)
أي حديث هلال (محمول
على أنه عرف قيام الحمل
بطريق الوحي) بدليل
مارويانه صلى الله عليه وسلم
قال ان جاءت به كذا كان
كذا ومثل ذلك لا يعرف
الا بطريق الوحي وقوله
(واذا نفي الرجل ولدا امر أنه
عقيب الولادة أو في الحالة
التي تقبل التهنة) قال في
النهاية على بناء المفهول
لا الفاعل لانه لو قبل الاب
التهنة ثم نفي لا يصح نفيه
وهو ظاهر وقوله (يصح نفيه
في مدة النفاس) يعني اذا
كان حاضرا (ولا بى حنيفة
انه لا معنى للتقدير بعد لان
الزمان للتأمل) لتلايقع في
نفي الولد مجازا (وأحوال
الناس في ذلك مختلفة
فاعتبرنا ما يدل عليه) أي على
عدم النفي وهو قبوله التهنة

فيها

(قوله روى انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به أصيب أربص جش الساقين فهو لهلال الى آخر الحديث) أقول الاصيب تصغير الاصهيب
وهو الذي يضرب شعره الى الجرة والاريص تصغير الارصح وهو قليل لحم الفخذين وجش الساقين أي دقيقتهم بالحاء المهملة المفتوحة (قوله
وان جاءت به أسود جعدا جاليا الحديث) أقول الجمالي بضم الجيم العظيم الخلق كالجمل قال المصنف (تمكن الاحتمال قبله) أقول
أي قبل الولادة وتذكر الضمير لكونه في تأويل أن مع الفعل قال المصنف (والحديث محمول على انه عرف قيام الحمل بطريق الوحي)
أقول فيه بحث لان أحكامه عليه السلام محمولة على نصب الشرع الا أن يقوم دليل على كونها من الخصائص كما تقرر في الأصول

أوسكونه عند التهنئة فان ذلك اقرار منه أن الولد وكذا ابتياعه ما يحتاج اليه لاصلاح الولادة أو مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي وإذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده وليس فيما ذكر في (٢٦١) الكتاب كرمدة معينة كما ترى

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدره بسبعة أيام لأن في هذه تستعد للعقيقة وإنما تكون العقيقة بعد سبعة أيام ويمكن هذا ضعيف لأن نصب المقدار بالرأى لا يجوز وذكر في الشامل أنه روى عن أبي حنيفة أنه يقدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الأول (ولو كان الزوج غائباً ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعسير المدة التي ذكرناها على الأصليين) فيجعل كأنها ولدت إلا أن قوله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة (قوله وإذا ولدت ولدين في بطن واحد) ظاهر (والاقرار بالعفة سابق على القذف) جواب سؤال تقديره ينبغي أن يجب عليه الحد لأنه أكذب نفسه بعد

ولو كان غائباً ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعبير المدة التي ذكرناها على الأصليين قال (وإذا ولدت ولدين في بطن واحد فبني الأول واعترف بالثاني ثبت نسبهما) لأنهما أو أمان خلقا من ماء واحد (وحد الزوج) لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني وإن اعترف بالأول وبني الثاني ثبت نسبهما ما ذكرنا ولا عن لأنه قادر بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة

فيها السكوت رضا وقد أوردناها منظومة في كتاب النكاح الا في رواية عن محمد في ولادة اذاهني به فسكت لا يكون سكوت قبولاً بخلاف ولد المنكوحه لأن ولادة غير ثابت النسب الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس دعوة ونسب ولد المنكوحه ثابت منه فسكونه يسقط حقه في النفي والمختلف فيه أن يقع أعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتياع آله الولادة عند أبي حنيفة ولو وقع بعده ان كان لم يقبل تهنئة لا ينتفي الا اذا كان غائباً على ما سيذكر ثم لم يعين لهما مقدار في ظاهر الرواية وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة تقديرها بثلاثة أيام وروى الحسن عنه سبعة لأنها أيام التهنئة وضعه السرخسي بأن نصب المقدار بالرأى متعذر وعندهما هي مقدرة مدة النفاس لأنها أيام الولادة وكان القياس أن لا يجوز النفي الا على فور الولادة كقول الشافعي الا أنا استحسننا جواز تأخير مدة يقع فيها التأمل لأن النفي يحتاج اليه كي لا يقع في نفي ولده أو استلحاق غيره ولده وكلاهما حرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين نزلت آية الملاعنة أي امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنه وأيام رجل يحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه أبو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم من ادعى أبي في الاسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة إذا طالت لا يجوز النفي فجعلنا القصيرة مدة النفاس لأنه أثر الولادة ولذا أحكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلاة والصوم والقرآن فكانهم فور الولادة وقال لا معنى لتعيين مدة أصلاً لأنها التامل والناس مختلفون فيه والاحوال أيضاً تختلف في إفادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاك الله رزقاً مثله أو أمن على دعا المهنئ أو سكونه عند تهنيته أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت وقد يقال ان اعتبار مضى ذلك الوقت وما قبله لجواز النفي لم يخرج عن التعيين فينا فيه قوله لا معنى للتعين أصلاً انتهى (قوله وإن كان غائباً) ما تقدم كان إذا كان حاضراً فلو كان غائباً لم يعلم بالولادة تعبير المدة التي ذكرناها على الأصليين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة وعن أبي يوسف إن قدم قبل أن تغضى مدة الفصل فله أن ينفيه إلى أربعين يوماً وإن قدم بعده فليس له أن ينفيه أصلاً لأنه لو جاز ذلك لجاز بعده ما صار شجناً وهو قبيح فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه إلى تمام الأربعين عند أبي حنيفة ومحمد وذكر في غير رواية الأصول عن أبي يوسف إذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه وبلا عن وقال محمد لو نفا بعد الحولين إلى أربعين يوماً من حين بلغه بلا عن بينهما ما يقطع نسبه (قوله لأنهما أو أمان) هما اللذان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر (قوله وحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني) وعلى هذا في أولاد ثلاثة أقر بالأول والثالث وبني الثاني (قوله والاقرار بالعفة) وهو

القذف لأن الاقرار الأول بنبوت النسب باق بعد نفي الولد فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بائتمام الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرر الجواب ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة

سابق على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

ما يتضمنه الاعتراف بالأول (سابق على القذف) بنى الثاني حقيقة (فصار كآله قال هي عفيفة) ثم قذفها لا يقال بثبوت نسب الأول معتبر باق بعد نفي الثاني فباستمرار بقاءه شرعا يكون مكذبا بنفسه بعد نفي الثاني وذلك بوجوب الحد لأننا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوت أمر حكى والحد لا يحتاط في إثباته فكان اعتبار الحقيقة هنا متعينا لا الحكيوم هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والاقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا وهو غير مفهوم من اللفظ ﴿فروع﴾ ونفاهما مات أحدهما أو قتل قبل اللعان لمزما لأنه لا يمكن نفي الميت لأنتمائه بالموت واستثنائه عنه فلا ينتفى الحي لأنه لا يفارقه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف واللعان ينفيك عن نفي الولد لأنه مشروع لقطع الفراش ويثبت النفي تبعاله إن أمكن ولا يلاعن عند أبي يوسف لأن القذف أو وجب لعلنا يقطع النسب على خلاف ما وجب ولو ولد فتفاه ولا عن ثم ولدت آخر بعده بيوم لزم الولدان لأن القاطع وهو اللعان لم يوجد في حق الثاني ولا يجوز نفقه إلا لأنهم غير منكوحه فيثبت نسبه ومن ضروريه ثبوت نسب الأول واللعان ماض لأنه يقبل الفصل عن انتفائه ولو قال بعد ذلك هما ولداي لأحد عليهما لأنه صادق لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم كذاب نفسه بخلاف ما إذا قال كذبت عليهما لأنه لا تنصريح بالرجوع ولو قال ليسا بنى كآنا بنيه ولا يحسد لأن القاضي نفي أحدهما وذلك نفي للتوأمين فليس أولاده من وجه فلم يكن فإذا قالها مطلقا بل من وجه وفي التوارد ذكر الحسن عن أبي حنيفة أن في امرأة جاءت بثلاثة أولاد فأقر بالأول والثالث ونفي الثاني يلاعن وهم بنوه ولونفي الأول والثالث وأقر بالثاني يحدوهم بنوه وكذا في ولاد واحد إذا أقر به ونفاه ثم أقر به يلاعن ويلزمه لأن الاقرار بثبوت نسب بعض الحمل إقرار بالكل كمن قال يده أو رجله مني وأعلم أن ولدا المسلاعة إذا قطع نسبه من الأب والحق بالأم لا يعمل القطع في جميع الأحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم الحقوق بالغير حتى لا يجوز شهادة أحدهما الآخر ولا صرف زكاة ماله إليه ولا يجب القصاص على الأب يقتله وإن كان لابن المسلاعة ابن والزواج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت ولو ادعى إنسان هذا الولد لا يصح وإن صدقه الولد في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في النخبة وهو مشكل في ثبوت النسب إذا كان المدعى بمن ولدته له له وأدعاء بعدم موت الملاعن لأنه محتاط في إثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الأبا من ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من أمه لا ينافيه والله أعلم

باب العنين وغيره

لما ذكر أحكام الإحصاء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بهم مما عمن به مرض له نسبة إلى النكاح والعنين من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الالة من عن إذا حبس في العنة وهي خطيرة الأبل أو من عن إذا عرض لأن ذكره يعنى عينا وشمالا ولا يقصد له استرخائه وجمع العنين عنين ويقال عنين بين العنين ولا يقال بين العنة ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الالة أو إلى بعض النساء دون بعض أو لسحر أو لكبر سن فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لقوات المقصود في حقها وما عن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنه به وإلا علم أنه عنين لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا ليه عرف أنه عنين على ما قالوا ولا فلا فائدة فيه أن أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لأنه حكمه وفي المحيط آله نصيرة لا يمكن إدخالها إلى داخل الفرج لاحق لها في المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جازا

(فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن) ولا يكون ذلك كذابا (فكذلك هذا)

باب العنين وغيره

لمافرغ من وجوه أحكام الإحصاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الإحصاء والعنين هو الذي لا يقدر على إتيان النساء من عن إذا حبس في العنة وهي خطيرة الأبل أو من عن إذا عرض لأنه يعنى عينا وشمالا ولا فرق بين أن تقوم أم آله أو لم تقم وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون بعض وبين أن يكون لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك فإنه عنين في حق من لا يصل إليها لقوات المقصود في حقها

باب العنين

قال (واذا كان الزوج عنيئا) أي وإذا كان الزوج عنيئا أجله الحالك سنة) ابتدأها (٢٦٣) من وقت الخصومة (فان وصل اليها

والا فرق الحالك بينهما إذا طلبت المرأة ذلك) وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الامصار كابي حنيفة وأصحابه والشافعي وأصحابه وبالك وأصحابه وأجدوا أصحابه رضي الله عنهم (ولان حديثها ثابت في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لا فته أصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقد رناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة لان الحجز قد يكون لفطر وطوبة فيندواي بما يصاده من اليوسة أو بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع (فاذا مضت ولم يصل اليها تين الاسمك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما) وقيل ينبغي ان يقدر السنة شمسية أخذًا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة العلاج في الايام التي يفسح التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما ذكره

قال المصنف (فلا بد من مدة معرفة لذلك) أقول وعن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس

فيه العنين فان كان عضوه يؤل الى النقصان ويتزوى علم انه لا عنة فيه وان كان لا يؤل ولا يتزوى علم انه عنيئ كذا في شرح الكاكي قال ابن الهمام لو اعتبر هذا لزم أن لا يؤجل سنة لان التأجيل ليس الا ليعرف انه عنيئ على ما قالوا ولا فائدة فيه ان أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لانه حكمه اه

(واذا كان الزوج عنيئا أجله الحالك سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) هكذا روى عن عمرو بن دينار وابن مسعود ولا نالحق ثابت لها في الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لا فته أصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقد رناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تين ان الحجز با فته أصلية ففات الاسمك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما

كالزرقه كسه كالمحبوب (قوله أجله الحالك سنة) أي من وقت الخصومة ولا يعتبر تأجيل غير الحالك كما تamen كان ولو عزل بعدما أجله على المتولى على التأجيل الاول (قوله هكذا روى عن عمرو وعلي وابن مسعود) أما الرواية عن عمر فلها طرق فمنها طريق عبد الرزاق حدثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين أن يؤجل سنة قال معمر وبلغني ان التأجيل من يوم يخاصم وهكذا أخرجه ابن أبي شيبة حدثنا عشم عن محمد بن سلمة عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم رفع إليه الحديث ورواه ابن أبي شيبة بسند أن عمر أجل العنين سنة زاد في لفظ وقال ان أناها ولا فرقوا بينهم ما أولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة قال حدثنا إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب ان امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل اليها فأأجله حولا فلما انقضى حوله ولم يصل اليها أخيرها فاخترت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بآئته وأما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما وحديث ابن مسعود ورواه ابن أبي شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما ورواه أيضا عبد الرزاق والدارقطني وروى ابن أبي شيبة عن المغيرة بن شعبة انه أجل العنين سنة وأخرج ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم انهم قالوا يؤجل العنين سنة (قوله فلا بد من مدة معرفة لذلك) أي معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة أو أوافه أصلية في أصل الخلقة فتد رناها بالسنة لانهم معرفة لذلك لانه ان كان من علة معترضة فلا يخول من كونهم من غلبة حرارة أو برودة أو طوبة أو يوسة والسنة تشتمل على الفصول الاربعة وكل فصل بأحد هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو أروأ الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه عن أحدهم ثم علاجه في الفصل المضاد له فيه أو من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال (قوله فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف ان ذلك با فته أصلية) وفيه نظر فان ظاهره ان موجب التفريق كونه من علة أصلية والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع اذا لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك لا فته أصلية في الخلقة اذا المرض قديمة دسنة وأيضاً سماه حكم العنين المسكور ومقتضى السكر مما قد عتد السنين وبعضى السنة يفرق بينهما اذا طلبت ذلك مع العلم بعدم الآفة الاصلية اغرض العلم بأنه يصل الى غيرهما من النساء فالحق ان التفريق منوط لما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو الاصلية ومضى السنة مع عدم الوصول موجب لذلك أو هو عدم ايفاء حقها فقط بأى طريق كان والسنة جعلت غاية في الصبر وابلء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضاءها قرب زواله وقال به دسنة السنة أجلي يوما لا يجيبه الى ذلك الا برضاها فلورضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويطل الاجل لان السنة غاية في ابلء العذر وقال ليسد لا ينسبه حين حضرته الوفاة تمنى ابتئى أن يعيش أبوهما * وهل أنا الامن ربيعة أو مضر

ولا بد من طلبها لان التفريق حقها (وتلك الفرقة تطليقة بائنة) لان فعل القاضي أضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود هو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانهم لو تسكن بائنة تعود معلقة بالمرجعة

فقوما وقولا بالذي قد علمنا * ولا تخمشا وجهها ولا تحلقا الشعر الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يملك حولا كاملا فقد اعتذر (قوله ولا بد من طلبها) هذا اذا كانت حرة غير رتقاء فان كانت رتقاء فلاحق لها في الفرقة وان كانت أمة فالطلب عند أبي يوسف وقدمت ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الاجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت لان ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا بالرضا بالمقام على ذلك أبدا فلا يبطل حقها بالنكاح ولو وجدت كبيرة زوجها الصغيرة عينا ينتظر بلوغه لان الصبا أثر في عدم الشهوة قال قاضي خان الغلام الذي بلغ أربع عشرة سنة اذا لم يصل الى امرأة فهو يصل الى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عينا فاصم عنه وولي به يؤجل لسنة لان الجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوا بطلت الفرقة من خصامه عنه وولي به فانه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما والانصب القاضي عنه خصما وفرق للحال ولو جاء الولي في المستلتيين بيينة على رضاها بعته وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لم ينكح ولا يفرق بينهما ولو طلب عينا على ذلك تخلف فان نكحت لم يفرق والا فرق ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل لم يذكره محمد واختلافوا فيه ولو اختلفا في الحب فادعته فأنكره يهرجلا فان أمكن علمه به بالحس من وراء ثوب لا يكشف عورته وان لم يتبين بذلك لا يكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امرأة المحبوب بولد بعد الفرقة الى سنتين ثبت نسبته منه ولا يبطل التفريق بخلافه في العنين حيث ثبت نسبته ويبطل التفريق ذكره في الغاية قال في شرح الكز وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه ألا يرى انه لو أقرت بعد الفرقة انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه الفرقة بعده هذا البحث وهو ان التفريق بناء على ثبوت العنة والحب وثبوت النسب من المحبوب وهو محجوب بخلاف ثبوته من العنين فان ثبوت النسب منه يثبت انه ليس بعين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين أو المحبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال ان ترضى به اذا بلغت واذا رضيت قبل التأجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك ولو كان الزوج بجامع ولا ينزل لحفاف مائه لم يكن لها طلب الفرقة (قوله وتلك الفرقة تطليقة بائنة) وهو قول مالك والثوري وغيرهما وقال الشافعي وأحمد رجهما الله فسخ لانها من جهتها وقاس الماوردي على الفرقة بالحب قلنا بل من جهته فانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالم القاضى عنه فيه فيضاف فعله اليه والقياس على الحب ممنوع لان الفرقة بسببه عندنا ايضا طلاق (قوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) أي النكاح الصحيح التام النافذ لا لازم لانه النكاح المطلق نكاح الفساد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التام فكان في معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه لانه فرقة بعد التام فلا يجلها كما لا يقبل الفسخ بالاقالة وقد ذكرنا في رواية أبي حنيفة عن عمر رضي الله عنه انه جعلها تطليقة بائنة ولها كمال المهر للخلاوة الصحيحة لان خلاوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطاء اختيارا واعتنافا بدار

(ولا بد من طلبها لان التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي أضيف الى الزوج وكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي رجه الله هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) يعني بعد التام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم (وانما تقع التطليقة بائنة لان المقصود هو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانهم لو تسكن بائنة تعود معلقة بالمرجعة) وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة أما الاولى فلنفوات المقصود وهو الوطاء وأما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل لها دفع الظلم

(قوله يعني بعد التام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم) أقول ولعل الشافعي ينازع في التام

(ولها كمال المهر ان كان خلاها لان خلوة العنين صحيحة) لان المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الالة (٣٦٥) فيجب عليه البذل دل على

ذلك قضاء عمر وعلى رضى الله
عنهما حيث قال ما ذنبن
اذا جاء المحرم من قبلكم
(ويجب العدة) لتوهم الشغل
احتياطاً استحسنانا (لما بينا)
يعنى في باب المهر هذا اذا
أقر الزوج بعدم الوصول
اليها وان ادعاه وأنكره
(فان كانت ثيباً فالقول قوله
مع عينة لانه يتكر استحقاق
حق الفرقه) حقيقة وان
كان مدعي الوصول صورة
(والاصل في الجبله السلامة)
وكان الظاهر شاهداً له
والقول قول من يشهد له
الظاهر فكان كالسودع
اذا ادعى رد الوديعة القول
قوله لانه منكر معنى وان
كان مدعي صورة (ثم ان
حلف بالله لقد أصبتها بطل
حقها وان نكل يؤجل سنة
وان كانت بكر انظر النساء
اليها فان قلن هي بكر اجل
سنة وان قلن هي ثيب
يحلف الزوج) لا يمكن ان
بكرت ازال بوجه آخر
فيشترط البين مع شهادتين
ليكون حجة (فان حلف
لاحق لها وان نكل يؤجل
سنة) ثم كيف يعرف انها
بكر أو ثيب فالوايدفع في
فرجها أصغر بيضة من
بيض الدجاج فان دخل
بلا عنف فثيب والا فبكر
وقيل ان أمكنها أن تنول
على الجدار فبكر والا فثيب
وقيل تكسر البيضة فتصب

(ولها كمال مهرها ان كان خلاها) فان خلوة العنين صحيحة (ويجب العدة) لما بينا من قبل هذا اذا أقر
الزوج انه لم يصل اليها (ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيباً فالقول قوله مع عينة)
لانه يتكر استحقاق حق الفرقه والاصل هو السلامة في الجبله (ثم ان حلف بطل حقها وان نكل
يؤجل سنة وان كانت بكر انظر اليها النساء فان قلن هي بكر أجل سنة) لظهور كذبه (وان قلن هي
ثيب يحلف الزوج فان حلف لاحق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبواً فارق بينهما في الحال
ان طلبت) لانه لا فائدة في التأجيل (والخصي يؤجل كما يؤجل العنين) لان وطأه مرجو (واذا أجل
العنين سنة وقال قد جامعتهما وأنكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت) لان شهادتين تأيدت
عمره وهي البكارة

الحكم على سلامة الالة ولا يحل ترك وطئها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لانها رضية حيث
نكحته بعد العلم بالحال ولو تزوجت به أخرى عالمة بحاله في الاصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى
وقيل لا يكون رضا لجواز تأميلها برأى ودفع بأنه احتمال بعيد بعد أن لم يرأى أكثر من سنة فالظاهر
لزومه وزماتته فتكون بالتزوج به راضية بالعيب (قوله هذا) أى هذا الذى ذكرنا من أنها اذا
طالبته بالفرقة أجله الحالك سنة ثم بعده فرق بينهما اذا اعترف الزوج بعدم الوصول اليها في هذا
النكاح وان تصادقا انه وصل اليها في نكاح قبله ثم طلقها لانه اذا وطئها في نكاح ثم أبانها ثم تزوجها
فانيا ولم يصل اليها المطالبة بالفرقة فان اختلفا وادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه
ظاهر في الكتاب (قوله وان نكل أجل سنة) سواء جعل النكول اقراراً أو بذلاً فمكانه أقر بعدم
الوصول اليها (قوله وان كانت بكر) يعنى إذا نكل وكانت بكر وقت النكاح لا يستحلف بل تراها
النساء فان قلن هي بكر أجل سنة من غير احتياج الى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه وقوله فان
قلن خرج على ما هو الاولى من اراءهما الامرأتين ثم جعلهما مجعاً والا فالواحدة العدة تكفى نص على
العدالة في كافى الحالك والثنتان أحوط وطريق معرفة أنها بكر ان تدفع في فرجها أصغر بيضة
للدجاج فان دخلت من غير عنف فهي ثيب والا فبكر أو تكسر وتسكب في فرجها فان دخل فثيب والا
فبكر وقيل ان أمكنها أن تنول على الجدار فبكر والا فثيب وان قلن ثيب تثبت الثبوت ولا يثبت وصوله
اليها لان البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها غير أن القول قوله لو قالت زالت البكارة باصبعه ونحوه
فيحلف انه وصل اليها فان حلف تقرر النكاح وان نكل أجل سنة ثم فرق بينهما ان لم يصل اليها ثم اذا
أجل ومضت السنة فاختلغا في الوصول في السنة فعلى ما اذا اختلفا قبل التأجيل ان كانت بكر انظر اليها
فان قلن بكر خيرت الحال بين الاقامة والفرقة وان قلن ثيب حلف فان نكل خيرت وان حلف استقر
النكاح وان كانت ثيباً في الاصل فاختلغا قبل التأجيل أو بعده فالقول له فان حلف استقر النكاح
ولو نكل أجل وخيرت بعده وفي موضع تخير يعتبر المجلس كتخيير الزوج فان قامت من مجلسها قبل أن
تختار نفسها أو أقامها أعونه القاضي ولو مكرهه لزم النكاح لانه كان يمكنها اختيار نفسها قبل أن تقام
واذا اختارت نفسها أمره القاضي أن يطلقها فان أبى فرق بينهما كذا ذكره محمد في الاصل وقيل
تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا تحتاج الى القضاء كخيار الخيرة (قوله لانه لا فائدة في التأجيل) لانه
لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الالة بخلاف الخصي لان الالة قائمة وانما سلمت خصيتها أو وحي والموجوء
الذى رضى خصيتها قال لي بعض أهل الماشية انه تم من الخصيتان وهو صغير مر سائداً ثم بحسان
الى فوق الى أن يرتفع الى ظهره فلا يعودان ويكون نشيطا كثيراً لجماع الالة لا يجب له فالتوقع واقع
فيؤجل كالعينين (قوله واذا أجل العنين سنة فقال الخ) قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل

(٣٦ - فتح القدير ثالث) في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر قوله (وان كان مجبواً فارق بينهما في الحال) ظاهر

(قوله اذا حبس في العنة الى قوله لانه يعنى عينا وشمالا) أقول العنة بضم العين وقوله لانه يعنى أى يعنى ذكره عينا وشمالا

قوله (وان قلن هي ثيب حلف الزوج) حاصله ان الاراء للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخير (فان نكل خيرت لتأييدها بالنكول) أي لتأييد دعوى المرأة لم يجامعها بنكول الزوج عن البين (فان حلف لا تخير) لبطان حقها (وان كانت ثيبا في الاصل فالتقول قوله مع عينه وقد ذكرناه) يعني (٣٦٦) قوله فالتقول قوله مع عينه لانه يتكرر استحقاق حق الفرقه (فان اختارت زوجها لم يكن

لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها) وكذلك اذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو قام القاضي قبل أن تختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك موقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحاً أو دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت أو أقمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء فان اختارت الفرقه أمر القاضي الزوج أن يطلقها فان أئى فرق القاضي بينهما كما مر قال (وفي التأجيل تعبير السنة القمرية هو الصحيح) وهو ظاهر الرواية وهي ثلثمائة وأربعة وخسون يوماً وروى الحسن أنه تعتبر السنة الشمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوماً وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم (وتحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان) يعني لا يعوض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة أيام التأجيل أيام أخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر

(وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت) لتأييدها بالنكول (وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالتقول قوله مع عينه) وقد ذكرناه (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار) لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه

بالاختلاف قبله فلان عيده **فرع** الخئي اذا كان يبول من مبال الرجال فترزوج امرأته فهو جائز فان وصل اليها والالأجل كالعين ذكراً الحاكم وكل من تزوجت واحداً من هؤلاء أعني المجهوب والخصى والعندين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها وان لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة (قوله هو الصحيح) صحه أيضاً صاحب الواقعة احترازاً عما اختاره شمس الأئمة السرخسي وفاضيلان وظهير الدين من اعتبارها شمسية وهي رواية الحسن عن أبي خنيفة وما ضربت السنة للاتوصل الى صلاح الطبع ورفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة السنة الشمسية على القرية فوجب اعتبارها وجه الأول ان الثابت عن الصحابة كمر رضى الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولاً وأهل الشرع انما يتعارفون الاشهر والسنين بالاهلة فاذا أطلق السنة انصرف الى ذلك مالم يصرحوا بخلافه ثم زيادة الشمسية قيل أحد عشر يوماً وعن الحلواني السنة الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوماً وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم والقمرية ثلثمائة وأربعة وخسون كذا رأيت في نسخة ورأيت في أخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة وأربعة وخسون يوماً وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم الاجزأ من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلاث وربع عشر يوماً بالتقريب والذي يظهر ان هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين كتب الى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم ترفع الدعوى اليه وكذا قول الراوى عن عمر في المرأة التي أنت اليه فأجله حولاً من غير تقييد في السنة والحول لم يرد حينئذ الا ما بالاهلة هذا الذي تعرفه العرب وأهل الشرع على أن الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي يورد عليه العرفان والله سبحانه أعلم (قوله وتعتبر بأيام الحيض) أي تحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة (قوله ولا تحتسب بمرضه ومرضها) هكذا مطلقاً وعن أبي يوسف اذا مرض أحدهما مرضاً لا يستطيع معه الجماع فان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر لم يحتسب وعوض عنه لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر على الوطء فيه بالليل لابلانها وذلك نصفه فكذا النصف من كل شهر وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف وفي رواية أن ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به وفي رواية أن مدة الكثرة سنة وفي رواية أكثر السنة وعن محمد لومرض في السنة يؤجل مقدار مرضه قبل علمه الفتوى فان حج أو غاب هو احتسب عليه لان العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة ولو كان محرماً وقت الخصومة قال محمد يؤجل بعد احرامه فلا يكون عذراً بخلاف ما اذا حجت هي أو غابت لا يحتسب عليه لان العجز من قبلها فكان عذراً فيعوض فان حبس الزوج ولو عمرها وامتنعت من الحجى الى السحن لم يحتسب عليه وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وان لم يكن له موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم يحتسب ولورافعتة وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادراً على الاعتاق وان كان عاجزاً أمهله شهر الكفار ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين ولوظاهر بعد التأجيل لم يلتفت الى ذلك ولم يزد على المدة المقدرة

رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها (ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه) أي عن قوله المرض فلم يكن في معنى أيام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من أيام أخر وعليه فتوى المشايخ وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه اذا مرض أحداهما مرضاً لا يستطيع الجماع معه فان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر منه لم يحتسب عليه

وجعل له بدل مكانها وكذلك الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شئ من السنة (٣٦٧) ولو في يوم يحسب عليه زمان المرض وعن محمد رحمه الله ان

(واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجذون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا وطبعيا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلاة والسلام فرم من المجذوم فرارك من الاسد

(قوله واذا كان بالزوجة عيب الخ) الحاصل انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائنا من كان عند أي حنفية وأبي يوسف وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبي زياد وأبي قلابه وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري وخطابي وداود الظاهري وأتباعه وفي المتوسط انه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم وعند محمد لا خيار للزوج بعيب في المرأة ولها هي الخيار بعيب فيه من الثلاثة الجنون والجذام والبرص وقال الشافعي رحمه الله لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة والزوج الفسخ إذا كانت رتقاء أو قرناء أيضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة وهو قول مالك وأحمد وقال الزهري وشرح وأبو ثور ترد بجميع العيوب وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات والفعل من الاول والاخر على البناء للفعل فيقال حذم وجن اذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال أحذم ولا جن ولا جن وثلاثة من أسماء المنفوعين من أفعال جاءت على مفعول دون مفعول على غير قياس مجنون ومجنون من أخرنه الله ومحجوب من أحبه الله وجاء على القياس في الثالث في قول غنيرة

ولقد نزلت فلا تظني غيره * مني بمنزلة المحب المكرم

والفعل من البرص برص فهو أبرص وأبرصه الله والرتق الالتصام والرتقاء هي الملتصمة والقرن في الفرج اما غدة غليظة أو عظم يمنع سلوك الذكركر للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسا في بعضها وثلاثة أقيسة في بعضها اما النص فمأروى انه صلى الله عليه وسلم رد بالعيب قال للتي رأيت بكسحها وضحا أو يابضا الحق بأهلك فصار البرص منصو صا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجماع انه ينقر منه الطبع وهذا الوصف وهو كونه منافر للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس العلل وهو الماعدة والقران فانه جنس الفسخ قال النبي صلى الله عليه وسلم فرم من المجذوم فرارك من الاسد ويجعل الجذام منصو صا عليه في هذا الحديث لان الفرار ثبت بفسخ نكاحه والحديث رواه البخاري تعليقا عن أبي هريرة قال صلى الله عليه وسلم لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفرم من المجذوم فرارك من الاسد وقياس النكاح على البيع في انه يفسخ بهذه العيوب هكذا عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح وقياسا على المحبوب بجماع المانع الحسي فيلحقه فوات مقصود النكاح في حق كل منهما قلنا أما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جيل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولدا اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ الحق بأهلك من كتابات الطلاق وأما الثاني فظاهره غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه ونياب مجذومه وغيره وعلى القيام بمصالحه وأما القياس فتختلف فيه جزاء مقتضى أو شرطه فان مقتضى الفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجري فيه المشاحة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهار الخطر المحل ولهذا اختلفت لوازمها حتى أجزأه على عبد وفرس وغير موصوفين وصح مع عدم رؤية المرأة أصلا بخلاف البيع عنده ثم اذا رأى عندنا المبيع ثبت له خيار الرد بالعيب وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوها ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك ولو هزل بالبيع لم ينفذ

مرض أحدهما فيمادون الشهر يحسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحسب ويراد في مسدنه بقدر مدة المرض (واذا كان بالزوجة عيب) أي عيب كان (فلا خيار للزوج في فسخ النكاح) وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتقاق ذلك الموضع أي لانسداده ليس لها خرق الالمبال (والقرن) بسكون الزاء قال في المغرب وهو اما غدة غليظة أو لوجة مرتفعة أو عظم تمنع من سلوك الذكركر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك قال لانها يعني العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا وطبعيا اما حسا في الرتق والقرن وأما طبعيا في الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسرى إلى الاولاد (والطبع مؤيد بالشرع) قال صلى الله عليه وسلم فرم من المجذوم فرارك من الاسد

قال المصنف (قال عليه السلام فرم من المجذوم فرارك من الاسد) أقول

قال الزيلعي لا حجة فيه لانه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد اجاعا لانه يجوز ان يدنونه ويناب على خدمته وقرضه وعلى القيام بمصالحه اه فيه بحث اذ لم يذكره الشافعي دليلا على انه يوجب الخيار بل على كونه منفور عنه شرعا كما أنه منفور عنه طبعيا

﴿ باب العدة ﴾

العدة لما كانت أثر الفرقة بالطلاق وغيره أعقبها ذكر وجوه التفريق في باب على حدة لأن الأثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة أيام اقراء المرأة وفي الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المنعة متأكدا (٢٦٩) بالدخول أو الخسوة أو الموت

وهو أي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمان ثابتة إلى أجل ينقضي وعند الشافعي هو كف المرأة نفسها عن أفعال محظورة عليها وقد عرفت في موضعه قال (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا) ولم يقل وقد دخل بها لأن قوله رجعيا يعني عنه إذا رجعة لا تكون إلا في المدخول بها (أو وقعت الفسقة بينهما بغير طلاق) كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد (وهي حرة من تحيض

﴿ باب العدة ﴾

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة من تحيض اجلس للحمل والركوب فاعتبر ناحية الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ حريا على الأصل من أن إزالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ تمكنه من إزالته به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيما إذا كانت به لأنها لا تمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره وعلى ما قررناه لا حاجة إلى ذلك بل هو مطر لا يختلف والله تعالى أعلم

﴿ باب العدة ﴾

لما ترتب العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا وأوردناها عقب وجوه الفرقة من الطلاق والابلا والخلع واللعان وأحكام العنين وهي في اللغة الإحصاء عددن الشيء عدة أحصيته إحصاء وتقال أيضا على المعدود وفي الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكدا بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخسوة والموت وينبغي أن يراود شبهته بالجر عطف على النكاح والتربص الانتظار أي انتظار انقضاء المدة بالتزوج لحقيقته ترك لزوم شرع التزوج والزينة في مدة معينة شرعا ولا شك أن سبب النكاح أو شبهته وزوال ذلك شرط فالإضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط ولم يخص الزوال بالنكاح فعم الشبهة قالوا وركنها حرمان ثبت عند الفرقة وعند الشافعي الكف عنها وينبغي على ذلك أن العدتين إذا وجبتا من رجلين تمتد إخلان وتنقضان مدة واحدة عندنا وعندنا وعلى هذا ينبغي أن يقال في التعريف هي لزوم السربص ليصح كون ركنها حرمان لانها لزومات والافتراق بربص فعلها والحرمان أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه فعلا وعلى هذا ما قبل في حكمها أنه حرمة نكاحها غيره عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه لا يصح لأن الحرمان التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمان نعم حرمة تزوجها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك أنه معنى كونه هو أياض في العدة لأن معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج إلى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة أيضا غير أن اسم العدة اصطلاح خاص بربصها لا بربصه ولزم مما ذكر أن لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه (قوله إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا) وليس رجعيا في بعض النسخ وشمل طلاق الخلع واللعان خلافا لمن قال عدة المختلعة حصة واحدة فيل هو بناء على أنها فسخ والحق أنه ابتداء لما تقدم في باب الخلع من المنقول إذ لا يعقل كون الفسخ مؤثرا في نقصان العدة ولذا أوجب ثلاثه اقراء في الفسخ بخيار البلوغ وغيره وخلافا لابن عباس في قوله عدة الملاعة تسعة أشهر (قوله وهي حرة من تحيض) يعني من تحقق حيضها ولم تبلغ الاباس سواء كانت تحيض أولا حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الاباس فتعدي بالاشهر بخلاف ما لو لم تر شيئا ورأت أقل من ثلاثة أيام فإنها تعتد بالاشهر (قوله أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) مثل الانقضاء بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة

﴿ باب العدة ﴾

(قوله عند زوال ملك المنعة) أقول أو شبهته (قوله وهو أي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة) أقول ليس وقوع الفرقة هو نفس زوال ملك المنعة وهل زال ملك المنعة في

الطلاق الرجعي (وأن تقول نعم زال بطريق التبين وقد سبق في باب الرجعة قيل فصل ما يحل به المطلقة) قوله وركنها حرمان ثابتة الخ أقول أي حرمة الأزواج والخروج كما سيجي في هذا الباب من ذلك الكتاب فيكون التعريف بالتربص تعريفا بالالزام (قوله ولم يقل وقد دخل بها) لأن قوله رجعيا يعني عنه (أقول المتبادر في أمثاله هو التوزيع فلا يعني ما ذكره عنه مع أن قوله أو رجعيا غير موجود في أكثر النسخ

تعالى والمطلقات يترصدن بأنفسهن ثلاثة قروء) وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارة وأما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه (لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح) (وهذا) أي التعرف عن براءة الرحم (يتحقق فيها) أي في الفرقة بغير طلاق (والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما) فكان من اللفاظ المشتركة بين الاضداد (كذا قاله ابن السكيت ولا يمكن أن يتناولها جملة للاشتراك) فان اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين أو حقيقة ومجازا على ما عرف في الاصول ولا بعد في أن يكون تعرض المصنف ~~إلى~~ كونه من الاضداد إشارة إلى نفي قول من يقول إنه مجازي أحدهما لأنه لا بد للجواز من مناسبة وكونه من الاضداد يتقيا وهذا أيضا ما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على أحدهما

(قوله واللفظ حقيقة فيهما فكان من اللفاظ المشتركة) أقول غير

مطابق للشروح

فعدتها ثلاثة اقراء) لقوله تعالى والمطلقات يترصدن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة إذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينظمهما جملة للاشتراك

(قوله فعدتها ثلاثة اقراء) مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها في مدة ثلاثة اقراء لأن الحرمت تتعلق في مدة الاقراء فكان الاصل ان ينتصب لأنه ظرف زمان معرب واقع خبرا عن اسم معنى نحو السفر غدا لكنه اعتبر فيه الاطلاق المجازي أعني اطلاق العدة على نفس المدة ثم لا يخفى ان سبب العدة مأخوذ منه تأ كده بالدخول أو ما يقوم مقامه كذا كرنا وانما تركه المصنف لشهرة ان الطلاق قبل الدخول لا نجب فيه العدة قال الله تعالى إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان يغسوهن فمالكنم عليهن من عدة تعتدونها (قوله والفرقة إذا كانت الخ) لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السعي لا يتناول الاطلاق ألحقه بالجامع وهو أن وجوبها في محل النص وهو الطلاق للتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق يعني يتبادر لكل من علم وجوب تركها النكاح إلى أن تحيض عند الطلاق بعد الدخول أنه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا يتيقن أن تجب لغيره أيضا وقد أفاد المصنف فيما سبأ في أنها أيضا تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه فقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الاقراء وقد ينقرد الثاني كما في صور الأشهر بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يؤسف عليه اذ لا يلف ولا مودة فيه (قوله والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار) وقول الشافعي قول مالك ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وعمادة بن الصامت وزيد بن ثابت وأبي موسى الأشعري وزاد أبو داود والنسائي معبد الجهنى وما ذكرناه أنه قول العبادلة بناء على أنه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل وعن رواء عنه الطحاوي وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة وأسند الطحاوي إلى قبيصة بن ذؤيب أنه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الأمة حيضتان فعارض روايتهم عن زيد أيضا وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضماك والحسن بن أبي حنيفة والبصري ومقاتل وشريك القاضي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وربيعه والسدّي وأبو عبيد وأسمق واليه رجع أحمد وقال محمد بن الحسن في موطئه حدثنا عيسى بن أبي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلهم قال الرجل أحق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق انما يصح منهم إذا كانت الحيض لا الطهر الا إذا كان طلقها في الحيض فأما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه ينبنى قولهم (قوله اذ هو من الاضداد) استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة أهل الاصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد في الضد وقد وضع بعض أهل العقول من معارف الاشتراك كون المفهومين متضادين واما على طريقة أهل الادب فيجوز لغرض تلخيص أو تكلم كما يقال للبيان أسد أو نقاؤل كالبصير على الاعى الأنماذج من افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها وأما في خصوص هذا المقام فالانفاق على الاشتراك وعلى أنه لم يعم انما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة إلى الاستدلال بعدم الانظام على الاشتراك كإفعل المصنف وهو محل النزاع ولو استدلل عليه بتضاد المفهومين كما استدلل به على كونه حقيقة فيهما كان أحسن لا يقال استدلاله على أنه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة في متعدد اشتراكا لفظا لجواز

والجمل على الحيض أولى إيمان أحدهما العمل بلفظ الجمع يعني القسوة فإنه جمع قسوة بالفتح والضم ووجهه أن أقل الجمع ثلاثة وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لأعلى الطهر لما ان الطلاق يوقع في طهر (٢٧١) وهو السنة ثم هو محسوب عن الأقراء

عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرأين وبعض الثالث ولفظ الثلاثة في قوله تعالى ثلاثة قسوة خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الأفراد وهو لا يحتمل التفصيص وهذا أيضا مما عرفت في الأصول وقد قررناه في الأنوار والتقرير بخلاف ما لو أريد بالقسوة الحيض فإنه يكمل ثلاثا والثاني أن الحيض معرف لبراءة الرحم لأن براءتها إنما تظهر بالحيض لا بالطهر لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعريف بأنها حامل أو حائل وهو أى التعريف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الأمة حيضتان والرق إنما يؤثر في التنصيف لافي النقل من الطهر إلى الحيض فيلحق ببيانها أى فيلحق هذا الخبر بالمسترك من الكتاب بياناً (وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر)

(قوله عند من يقول بالاطهار) أقول يعنى عند الشافعي (قوله ولفظ الثلاثة في قوله مع ثلاثة قسوة الخ) أقول فيه بحث

والجمل على الحيض أولى إيمان أحدهما العمل بلفظ الجمع لأنه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا أولانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود وألقوله عليه الصلاة والسلام وعدة الأمة حيضتان فيلحق ببيانها (وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر)

التواطىء والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كما ذكرنا للتضاد لأننا نقول انما وافق من جعل نعيم المشترك على منع نعيمه أنه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز أن يراد كل من الحيض والطهر فتعده بعض ثلاثة اطهار وثلاث حيض انما يتبع إذا أريد تحقيقه في زمن أحدهما (قوله والجمل على الحيض أولى) ادعى الحقيقة في محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كونه لعدم دليل معتد لهم وذلك أن قولهم القسوة هي الطهر هو الذي يجمع على قسوة وإما جعنى الحيض فأنما يجمع على أقراء دعوى لا دليل عليها وكونه وقع في شعر الأعشى كذلك حيث قال

أفى كل عام أنت جاشم غزوة * تشد لأقصاه عزم عزائك

مورثة مالا وفي الحى رفعة * لما ضاع فيها من قسوة نسائك

أى من اطهارهن للشغل بالغزو وعنهن لا يوجب القسوة عليه وكذا الاستسما ببقوله صلى الله عليه وسلم دعى الصلاة أيام أقراءك لا يوجبها فقد روى أبو داود والنسائي قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبي حبيش فأنظري فإذا أتاك قسرك فلا تصلى فإذا امر قسرك فطهري وصلى وقال الرازي

بارب ذى ضغن وضب فارض * له قسوة كقسوة الحائض

يريد كحيض الحائض فإن المعنى أن عداوته تجتمع فتحجب كدم الحائض على أنه قد قيل في بيت الأعشى أن المراد نفس الزمان أى زمان الطهر فإن القسوة يقال للزمان لغة كثيرا واستدلواهم بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليركها حتى تطهر ثم يلميطلقها إن شاء فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء يعنى بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح لأنه بناء على أن اللام فيه بمعنى فى وهو غير معهود فى الاستعمال ويستلزم تقدم العدة على الطلاق أو مقارنة له لاقتضائه وقوعه فى وقت العدة وقرائة قبل عدتهن فى صحيح مسلم تنفيه إذ أفادت أن اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال فى التاريخ باجاء العربية خرج للثلاث بقين ونحوه ويؤيده ما قال الطحاوى أن النبي صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ومذهب ابن عمر أن الأقراء الحيض فلم يفهم انما الاطهار وهذا بناء على ما بيناه عنه من خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفا ونسكهم بتأنيث العدة فى قوله تعالى ثلاثة قسوة وهو يقتضى تذكر العدد ودوا الطهر وهو المذكر لا الحيض فلا يراد بالحيض لغير ثلاث قسوة ليس بشئ لأن الشئ إذا كان له اسمان مذكر كالبر والخنطة ولا تأنيث حقيقى يؤنث عدده إذا أضيف الى اللفظ المذكر ويذكر إذا أضيف الى المؤنث وفى العربية إذا كان المعدوم مؤنثا واللفظ مذكرا أو بالعكس فوجهان وما نحن فيه كذلك فان لدم اسمين مذكر وهو القسوة ومؤنثا وهو الحيض فحين أضيف الى المذكر كرائث وكذا على الأصل الآخر فان الدم مذكر والقسوة مذكورة فيؤنث عدده ثم ذكر المصنف ثلاثة أوجه الأول قوله عليه السلام بلفظ الجمع أى العدد فإنه جمع معنى لاصيغة أو يراد بالجمع الصيغى المقرون بالعدد تنصيصا على المراد بكيمته أعنى لفظ قسوة المقيدة بثلاثة فإنه منقطع عنه احتمال أن يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات المجموع فكيف بالكمية التى ليست حقيقة الجمع وهى اللازمة من جملة على الاطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث إذا وقع فى الطهر والالزام أحداث قول ثالث اذ كل من قال انه الطهر قال

فإن التعرض للفظ الثلاثة يوجب لغوية قوله العمل بلفظ الجمع الى هنا فالاولى أن يفسر لفظ الجمع فى كلام المصنف بالثلاثة فإنه جمع معنى وان لم يكن صيغة والا فالجمع يطلق على فردين وبعض كما فى قوله تعالى الحج أشهر معلومات

نقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية (وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض) بآخر الآية (وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها) لقوله تعالى وأولات الاجال أجلهن ان يضعن حملهن (وان كانت أمة فعدتها حيضتان) لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تجزأ فكلت فصارت حيضتين واليه أشار عمر بقوله واستطعت لجعلتها حيضة ونصفا (وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف) لانه منجز فأمكن تنصيفه عملا بالرق (وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر) لقوله تعالى ويذرون أزواجا يستربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا (وعدة الامة شهران وخمسة أيام) لان الرق منصف

نحسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق وهو نقص عن التقدير القطعي الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه لو وقع الطلاق في الحيض لا يحسب بتلك الحيضة فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقة اقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقة أصله لا يقال قد اريد بالعدد غير كنهه المفادة به في قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لاننا نقول لم يرد بالعدد عدد آخر مابين له بل مجرد التكرير وأين هذا من أن يراد بسبعين مثلاً عما فون أو مائة الثاني قوله ولانه أي الحيض هو المعروف بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد رحم الحمل اذ لو انسد به لم تحض عادة ولذا نص عليه الصلاة والسلام أن مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا حتى يستبرئ بحيضة ولم يقل بطهر الثالث هو قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وتقدم في باب الطلاق تخريجنا وأسند الشافعي حديثا سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى أبي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر رضي الله عنه قال يستح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعد الامة حيضتين فان لم تكن تحيض فشهرين أو شهر ونصفا وكذا رواه الدارقطني والاجماع على انها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل في الكمية فيلتحق قوله تعالى ثلاثة قروء للاجمال الكائن بالاستبراء بآيائه ومن الأدلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة أشهر اذ لا شك في أن الاعتداد بالاقراء أصل والشهر خلف عنه انما يصار اليه عند عدمها فلما علق سبحانه وتعالى المصير اليه بعدم الحيض دل ان الحيض هو المراد بالاقراء في الآية وكونه ينعدم الطهر بعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو لعدم الطهر احتمال يقابله الظهور اذ الظاهر تعليق المصير الى الخلف بعدم عين ما شرع أصلا لا بعدم شيء آخر يستلزمه فكان الاصل أن يقال واللائي يئسن من القروء فلما جاء قوله تعالى بلفظ الحيض مكانه وهو مشترك علم انه لا فائدة انه هو فرع تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بان وطئها وهي معتدة عالميا بحرمها بخلاف ما لو ادعى الشبهة أو كان منكر اطلاقها فانها تستقبل العدة واذا كان منكر احوالها لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقتها في هذه العدة لا يقع ويحل له نكاح أختها (قوله وان كانت لا تحيض) لصغر بان لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه وأقله تسع على المختار أو كبر بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ذكر أن بعضهم لما نزلت آية القروء قالوا قد علمنا عدة التي تحيض فالتى لا تحيض لا ندري ما عدتها فانزل الله تعالى هذه الآية والمعنى ان ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموها فانها ثلاثة أشهر وقيل ان ارتبتم في الدم الذي تراه من بلغت سن الاياس أو حيض أو فساد فعدتهن ثلاثة أشهر ثم قال المصنف وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية يعني قوله تعالى واللائي لم يحضن يعني التي

لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن (وكذا التي بلغت بالسن) أي خمس عشرة سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى واللائي لم يحضن عطف اللاتي لم يحضن على اللاتي يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفي هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل في العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا

قال المصنف (لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية) أقول لا يخفى عليك ان المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر التي لم تحض لصغر هو آخر الآية لا ما ذكره فليتأمل

(وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لا طلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن

لم تبلغ بالحيض بل بالنسب بان بلغت خمس عشرة سنة على قولهما وسبع عشرة سنة على قول أبي حنيفة ومالك ولم تحض اذا طلقت تعتد بالشهر أيضا ثم ان وقع الطلاق في أول الشهر اعتدت بأشهر هلالية اتفاقا وان وقع في أثناء الشهر اعتبر كلها بالايام فلا تنقضي الابتسعين يوما عند أبي حنيفة وعندهما بكل الأول ثلاثين من الشهر الأخير والشهران المتوسطان بالاهلة والله أعلم ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فانه جمع بين التي لا تحيض لصغرها وكبر في الاعتداد بثلاثة أشهر واستدل على ذلك بقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية ثم خص التي بلغت بالنسب ولم تحض بأخرها حيث قال وكذلك التي بلغت بالنسب بأخر الآية ولا يخفى ان آخرها أعنى قوله تعالى واللائي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر التي لم تحض لصغر كانه المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالنسب والحاصل ان من كان طهرها أصليا فعدتها بالشهر سواء بلغت بالنسب ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة أشهر أو هي مراهاقة أو لم تبلغ الى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه انه تسع أو سبع والأول أصح وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل انه اذا كانت مراهاقة لا تنقضي عدتها بالشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حملت من ذلك الوطء أم لا فان ظهر حملها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالأشهر وينبغي على هذا أن تحتسب بالأشهر التي وقفت ليظهر حملها اذا لم يظهر فانه ظهر بعدم الحمل ان تلك الأشهر كانت هي العدة وغاية الامر انهم لم تدروا وجه عدتها حتى انقضت ولو حاضت التي بلغت بالنسب والمراهاقة في أثناء الأشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض هذا وعن ذكر انهما تعدد بالأشهر المستحاضة التي نسبت عادتها وهو ما بلغز فيقال مطلقة شابة ترى ما يصلح حيضافي كل شهر وعدتها بالأشهر لكن في التحقيق ليس عدتها إلا بالحيض لكن لما نسبت عادتها جاز كونها أول كل شهر أو آخره فاذا قدرت بثلاثة أشهر علم انهما حاضت ثلاث حيض يبقين بخلاف التي لم تنس فانها ترد الى أيام عادتها فجاز كون عادتها أول الشهر فتخرج من العدة في خمسة أو ستة من الثالث واعلم ان اطلاقهم في الانقضاء بثلاثة أشهر في المستحاضة المناسبة لعادتها الا يصح الا فيما اذا طلقتها أول الشهر أما لو طلقتها بعد ماضى من الشهر قدر ما يصح حيضة ينبغي أن يعتبر بثلاثة أشهر غير باقى هذا الشهر والوجه ظاهر ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي ضلت عادتها ثلاثة أشهر ثم أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل يقولون تعتد وفي الميسوط قال بعض علماء تناهى لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بان لا يزوجه حتى تنقضي مدة العدة مع ان العدة مجرد ماضى المدة فتبوء في حقها لا يؤدي الى توجيه خطاب الشرع عليها ولا يخفى ان القائل الاول قوله مبني على أنه يراها الحرمات أو التبرص الواجب فان قلت وعلى تقدير كونها ماضى المدة ليس أن فيها يجب أن لا تزوج فلا بد أن يتعلق خطاب نهى التزوج بالولي فجعلها المدة كما قال شمس الأئمة لا يستلزم انتفاء قول الاول يخاطب الولي بان لا يزوجه فالجواب لا يلزم فانا اذا قلنا بانها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل (قوله وان كانت حاملا) يعنى المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وان كانت أمه وأطلق فيقول الحمل الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول وجاءت بولد لافل من ستة أشهر من العقد فعدتها بالوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه وسنين ذلك في مسئلة الصغيرة وفي المشتق اذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس

وان كانت حاملا فعدتها
أن تضع حملها لقوله تعالى
وأولات الاحمال أجلهن
أن يضعن حملهن

وقوله (فان كانت أمة) ظاهر وقوله (وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى والذين يتسوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة (٣٧٤) أشهر وعشرا) نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج واستبدل عليه بما

وروى ان المتوفى عنها زوجها

وقال عبد الله بن مسعود من شاء باهله ان سورة النساء القصصى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تزوج

انقضت العدة والبدن من النكيتين في الخلاصة كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها زوجها اذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور (قوله وان كانت) أي المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تحجز أفكملت وثبوت الزيادة لضرورة التكميل واجب لان فيه تحقيق الواجب على ما تقدم آنفا (قوله واليه أشار عمر) أي إلى ان تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت إلى آخره أخرجه عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن عمرو ابن دينار أنه سمع عمر بن أوس الثقفي يقول أخبرني رجل من ثقف قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول لو استطعت أن أجعلها حيضة ونصفا ففعلت فقال له رجل لو جعلتها شهر ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو ابن دينار يباقي سند عبد الرزاق ويشبهه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات لقوله لانه كان يتكلم في ذات الأقراء والعدة بالاشهر لا تكون إلا من أيس منها فخشوة الرجل في غير محل الحكم المذكور وأما اذا كانت لا تحيض من صغرها وكبر فعدتها شهر ونصف لانه تجزئ فأمكن تنصيفه والمدة والمسكوبة وأم الولد في الطلاق والفسخ كالامة (قوله وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) سواء كانت مدخولا بها أو لا مسلمة أو كاتبة تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو أيسة وزوجها عبدا أو حرا ضمت في هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حملها وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام ورضعة الأربعة الأشهر والعشرة الأيام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لازواجهم الآية والجمهور على نسخها بآية الأشهر أعنى ما كان من وجوب الإيصال والابقاف إلى الحول وقال الأوزاعي أربعة أشهر وعشر ليال فلوترزجت في اليوم العاشر جازا أخذ من تذكير العدد أعنى العشر في الكتاب والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحمد على ميت فوق ثلاثة أيام الأعلى زوج أربعة أشهر وعشرا فيجب كون المعدود باليالي والألانة قلنا الاستعمال في مثله من ذكر عدة الليالي يدخل ما بازاها من الأيام على ما عرف بالتاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال لسبع خلون مثلا ويراد كون عدة الأيام كذلك وان كانت أمة فشهران وخمسة أيام على وزان ما تقدم ثم ابتداء المدة من وقت الموت وعن علي رضي الله عنه من وقت عليها حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشرا انقضت عدتها بذلك عند الجمهور وعنده رضي الله عنه لا تنقض العدة حتى تمر عليها من حين علمت لان عليها الاحداد ولا يمكنها إقامته إلا بالعلم قلنا قصاره أن تكون كالعالة ولم تحمد حتى مضت المدة تخرج اتفاقا من العدة على أن المقصود الأصلي منها عدم التزوج وقد وجد ومعنى العبادة تابع لما سجد كزوجها على الكفاية تحت المسلم يؤيده (قوله وان كانت) أي المتوفى عنها حاملا فعدتها أن تضع حرة كانت أو أمة كالملقة والمتركة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة اذا كانت حاملا كذلك لا طلاق لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن وكان على

جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الاكتمال فقال صلى الله عليه وسلم كانت إحدا كن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها فعدت في شرأحلاسها في بيتها حولا ثم خرجت فرمت كلبه ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان طول وهي الحول والقصوى وهي أربعة أشهر وعشر وان الاولى هي العدة الكاملة وإن الثانية رخصة (وعدة الأمة شهران وخمسة أيام) لما عرف غير مرة أن الرق منصف (وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها الاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وكان على يقول تعدد بأبعد الاجلين إما بوضع الحمل وإما بأربعة أشهر وعشرا أيهما كان أبعد لان قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن الآية يقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله يتربصن بأنفسهن بوجوب الاعتداد بأربعة أشهر وعشرا فيجمع بينهما احتياطاً (وقلنا قال عبد الله ابن مسعود من شاء بإهله ان سورة النساء القصصى يعني سورة يأيها النبي اذا

طلقت النساء إلى آخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة) يريد أن قوله تعالى وأولات الاحمال متأخر عن قوله يتربصن رضى بأنفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال (وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تزوج)

(واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الاجلين) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلاث حيض ومعناه إذا كان الطلاق بائناً أو ثلاثاً ما إذا كان رجعياً فعليه إعادة الوفاة بالاجماع

قال (واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الاجلين) عدة المطلقة بطلاق الفار إذا كان بائناً أو ثلاثاً أبعد الاجلين أن تعتد أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشراً ولم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشراً لا تنقضي عدتها حتى تتم المدة (عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلاث حيض وأما إذا كان رجعياً فعليه إعادة الوفاة بالاجماع

رضي الله عنه يقول لا بد من الوضع والاربعة أشهر وعشر وهو قول ابن عباس لان هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يترصد بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً يوجبها عليهما فيجمع احتياطاً وفي موطا مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا في المرأة تنفس بعد زواجه لبالي فقال أبو سلمة إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت وقال ابن عباس آخر الاجلين فقال أبو هريرة رضي الله عنه أنا مع ابن أخي يعني أبا سلمة فأرسلوا كريباً مولى ابن عباس إلى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فأخبرهم أنها قالت ولدت سبعة الأسبوع بعد وفاة زوجها لبالي فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فأنكحني من شئت وفي الترمذي أنها وضعت بعد وفاة بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوماً وأخرج البخاري عن ابن مسعود قال أتجمعون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة لنزلت سورة النساء القصري بعد الطولي يريد بالقصري أيها النبي إذا طلقت النساء والطولى البقرة والمباعدة الملاعة كانوا إذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا به الله على الظالم منا وقيل هي مشروعة في زماننا وقد ورد بلفظ الملاعة أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه بلفظ من شاء لا عنه لأنزلت سورة النساء القصري بعد الاربعة أشهر وعشر وأخرجه البزار بلفظ من شاء حالفته وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل في مسند أبيه عن أبي بن كعب رضي الله عنه قالت للنبي صلى الله عليه وسلم وأولات الاجال أجلهن أن يضعن حملهن المطلقة ثلاثاً أو المتوفى عنها زوجها فقال هي المطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها زوجها هو متروك وقول عمر رواه في الموطا عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التي توفي عنها زوجها وهي حامل فقال إذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الانصار ان عمر قال لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد حلت وفيه رجل مجهول وفي الصحيحين حديث عمر بن عبد الله بن الارقم أنه دخل على سبيعة بنت الحرث الأسلمية فسألها عن حديثها فأخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بني عامر ابن لؤي وكان من شهد بدرا فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تشب أن وضعت حملها فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنا بل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال مالي أراك منجمة لعلك ترجين النكاح والله ما أنت بنا كحة حتى غر عليك أربعة أشهر وعشراً قالت فلما قال لي ذلك جعت على ثيابي حين أمسيت فأبى النبي صلى الله عليه وسلم فأسأله عن ذلك فأقناني أني قد حلت حين وضعت حملي وأمرني بالتزوج ان بداني وكلما كان الاعتداد بالوضع لا تنقضي العدة الا بوضع الكل فلو وضعت ولداً في بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها أقناني أني قد حلت حين وضعت يرد قول من قال من السلف لا تحل حتى تنقضي مدة نفاسها كأنهم أخذوه من قوله فلما تعلت من نفاسها قال لها أنكحني من شئت رتب الاحلال على التعلي فيتراى توقفه على الطهر فيتقيد به لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع ولو تزوجت بعد الا شهر ثم جاءت بولد لا قل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق بالميت (قوله واذا ورثت المطلقة في المرض) يتعلق بالمطلقة أي ورثت التي طلقت في المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فاراراً وماتت وهي في العدة (فعدتها أبعد الاجلين) أي الأبعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض فلو تزوجت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشر لم تنقض عدتها حتى تستكملها وان مضت أربعة أشهر وعشر ولم تحض لثلاث حيض بان امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تنقضي وان مكثت سنين لم تدخل سن الاياس فاعتد بالاشهر اذا عرفت

لا ييوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق (لان الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بخلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمتها ثلاث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث اُجاب بقوله الا انه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال على تورثها (لا في حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح باق من كل وجه) لما تقدم (ولهما أنه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة) وبيان الملازمة بقوله (احتياطاً) بيانه أنا انما أعطيناها الميراث (٢٧٦) باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكم الى وقت الموت أو باعتبار إقامة

العدة مقام أصل النكاح حكماً لاذل بالميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به فاذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمتمهي بالموت حكماً في حكم العدة أولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فالزمنها الجامع بينهما احتياطاً وقوله (ولو قتل على رده) جواب عما استدله أبو يوسف فقال ألا ترى ان الميراث اذا مات أو قتل على رده ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح كان برده لا بعونه فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك أيضاً على هذا الاختلاف عندهما تعتد بأبعد الاجلين فلا ينتهض دليلاً وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعذرهما عن ذلك ما ذكره في الكتاب أن النكاح ما اعتبر باقياً

لا ييوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلاث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح في الوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما أنه لما بقي في حق الارث يجعل باقياً في حق العدة احتياطاً فيجمع بينهما ولو قتل على رده حتى ورثته امرأته فعدتهما على هذا الاختلاف وقيل عدتهما بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقياً الى وقت الموت في حق الارث لان المسئلة لا ترث من الكافر وهذا في فسر أبعاد الاجلين بانها تعد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصراً لا يصدق الا اذا كانت الاربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض وحقيقة الحال انه لا بد من أن تترتب آخر الاجلين وهذا الحكم ثابت في صور احداها هذه والثانية اذا قال لزوجتي أو زوجاته احدا كن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بأبعد الاجلين ولو بين في احدهما كان ابتداء العدة من وقت البيان والثالثة أم الولد اذا مات زوجها وسيدها ولم يدراً أيهما مات أولاً وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعد أو سنفصلها ان شاء الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق البائن واحدة أو لا تأماً ما اذا طلقها رجعياً فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه أو في صحته ودخلت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فانها تنتقل عدتها الى عدة الوفاة وترث بخلاف ما اذا طلقها بائناً في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق (قوله لا ييوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمتها ثلاث حيض حكماً وانما تلزم عدة الوفاة اذا انقطع بالموت وليس فليس وانما بقي في حق الارث) لاجماع الصحابة رداً لقصده السني عليه وهذا لا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تغير به العدة بخلاف الرجعي لان النكاح قائم من كل وجه وانما انقطع بالموت فتجب عدة الوفاة فيه (قوله فيجمع بينهما) أي بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لانها انقطع بالوفاة حقيقة وبالموت حكماً أما الاول فيفرض المسئلة انه أبانها قبل الموت وباعتباره يجب عدة الطلاق وأما الثاني فباعتبار قيام النكاح عند الموت فان تورثتها يستلزم ذلك ولازمة لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم تورثها الاعتداد بعدة الوفاة فتجب عدة الوفاة لكن بقي قول أبي يوسف ان اعتبارها قائماً رده عدم تورثها عليه لا يستلزم أن يبقى في حق العدة وجوابه ان الارث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به فاذا بقي النكاح شرعاً في حق الارث فلان يبقى في حق العدة أولى مع ان الاصل ان الشيء انما يثبت بلازمه وهذا هو معنى قول المصنف احتياطاً (قوله ولو قتل على رده الخ) جواب عن مقيس عليه مقدر لا ييوسف وهو انه لو ارتد زوج المسلمة مات أو قتل على رده ترث زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذلك ائتمارها بالطلاق لا بالموت فلا تجب عدة الموت فأجاب بمنع حكم الاصل أولاً فقال لانهم لا يلزمها عدة الوفاة بل تلزمها اليه أشار الكرخي وما ذكر من مذهبه فكيف هو على الخلاف

الى وقت الموت في حق الارث لانها عنده مسلمة والمسئلة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت الرد وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكماً

(قوله أو باعتبار إقامة العدة الخ) أقول فيه تأمل فانها لا تنتهي بالموت وانما موجودة في طلاق الصحيح اذا مات قبل انقضاء العدة (قوله لانها عنده مسلمة) أقول ضمير عنده راجع الى الموت

وقوله (فاذا عتقت الامة في عدتها) ظاهر واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم (٣٧٧) الزوال ثبت عند الزوال فينبغي أن

لا تحول العدة في الرجعي أيضا لانها عند الزوال أمة ولهذا تعقد من وقت الطلاق وأجيب بانها انما تحول لان سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد

سببها فتغيرت ولهذا تحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تحول العدة بالعتق قوله (وان كانت آيسة) ظاهر وقوله (واذا رأت على العادة) يعني ان رأت دما سائلا وكان محمدا بن ابراهيم المدياني يقول اذا رأت دما سائلا كما كانت تراه في زمان حبيضا فانه هو حيض وان رأت بلة يسيرة لم تكن حيضا بل ذلك من تن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله (لان عودها يطل الاياس هو الصحيح) قيد بالصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه كان يقول هذا اذ لم يحكم باياسها فاما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة تسعين سنة أو نحوها فمات الدم بعد ذلك لم يكن حيضا

(قوله وأجيب بانها انما تحول لان سببها وهو الزوال الى قوله فلم تحول العدة بالعتق) أقول لا يقال ارد هذا الجواب قول المصنف لقيام النكاح من

(فاذا عتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجه (وان أعتقت وهي ميتة أو متوفى عنها زوجها لم تنقل عدتها) الى عدة الحرائر لان زوال النكاح بالبينونة أو الموت (وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ماضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض) ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالقيدية في حق الشيخ الفاني

فيلزمها الجمع بين المدة والحيض فلا يصح به الا لزام ولئن سلمنا ان لزوم الحيض اتفاقا فالفرق أن توربها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتبر النكاح شرعا فاعلمنا الى الموت لانه لو اعتبر كذلك لم ترث اذا لارث المسلم الكافر فيلزم العلم باعتبار استناد الارث الى وقت حدوث الردة اعتبار الردة موتا حكما وقد تحقق هذا الموت وهو ما سلمنا غير أنه زال به اسلامه وبذلك السبب لزومها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة (قوله فاذا عتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر) فكل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه) أي بعد الطلاق الرجعي فلما أعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها والعدة في الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلاث حيض كذا في الكافي ووضع في شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى أن الطلاق لم يحدث في الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم إلا أن يجعل لبقائه الحكمي حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت اجماعية لكن هي خلافية فبقوله قال الشافعي في الاظهر وأحمد واسحق والحسن والشعبي والضحاك وقال مالك وأبو ثور لا تنكح عدتها في الرجعي والبائن وعن الزهري وعطاء وقتادة تنكح فلا بد من اثبات اعتبار بقائه كبثدائه وجه قول مالك ان مجرد الطلاق تم سبب عدة الاماء وشرطها وهو ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح متأكد فلا وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب وبحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة في كمية مخصوصة فالنكاح سبب للعدة عند الطلاق فقط لا بقيد كمية خاصة اذ لا يعقل تأثير النكاح في خصوص كمية بل في مطلق التربص تعرفا وتأسفا وتقدير الكمية الحكمة أخرى سند كرهافي عدة النكاح الفاسد وحينئذ سلم الوجه المذكور لا يقال عن المعارض وقد صور الانتقال الى جميع كيات العدة البسيطة وهي أربعة صورتها أمة صغيرة منسكوحة طلق رجعي فعدتها شهر ونصف فلما حاضت في أثناءها انتقلت الى حيضتين فلما عتقت قبل مضيهما صارت ثلاث حيض فلما تزوجها قبل انقضائها انتقلت الى أربعة أشهر وعشر (قوله وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور) يمكن كون كان نامسة يعني اذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور (قوله ثم رأت الدم) بعد انقضاء الشهر أو في خلالها (انتقض ماضى من عدتها) وظهر فساد نكاحها النكاح بعد تلك العدة حتى لو كانت حبلى من الزوج الاخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صرحوا به ويندرج في اطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذي ذكره في الكتاب بقوله (لان عودها يطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا) وعليه بأن شرط الخلفية أي خلفية الاعتداد بالشهر عن الحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى واللا في شئ من الحيض الآية والاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالقيدية في حق الشيخ الفاني فاذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة الا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وهذا ليس بلازم من مجرد وجوده بل هو كونه دما فاسدا فلذا قيد بقوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لانه حينئذ ظاهر في انه ذلك المعتاد وعود العدة يطل الاياس ثم يفسر بعضهم هذا بان تراه سائلا كثيرا جعله احترازا عما اذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيدوه أيضا بان يكون أحرأ أو سودا أو كان أصفرأ أو أخضر أو ترابية لا يكون حيضا ومنهم من لم يتصرف فيه فقال معناه اذا رأت على العادة الحاربه وهو يفيد ما فيها

كل وجه لان ذلك بالتبين اذا راجع وأما اذا لم يراجع فالمبطل يعمل عمله من وقت وجوده وقد مر في باب الرجعة

إذا كانت عادتها قبل الإياس أصفر فرأته كذلك أو علقا قرأته كذلك كان حيضا مظهر اعدم انقضاء
العدة بالاشهر ثم أطلق المصنف انتقاض العدة والاستئناف فاقضى بثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير
الإياس بعدة أولا وذ كر في المحيط أن في ذلك روايتين في رواية لا تقدر فيه وإياها على هذه أن
تبلغ من السن ما لا يحيض فيه مثلها فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم بحكم إياسها فإن رأت بعد
دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بذلك الشهر ويظهر فساد النكاح ويمكن كون
المراد بعلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسن والهزال وفي رواية يقدر بخمس وخمسين سنة
وهو رواية الحسن وعليه أكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد أنه قدره في الروميات
بخمس وخمسين سنة وفي غيرهن بستين وعنه سبعين وبه قال الصفار وقال أبو الليث لو حاضت ثم
انقطع عنها الدم تسع سنين سنة وتعد ولو كانت عادة أمها وأخواتها انقطاعه قبل الستين تأخذ
بعادته وبعد الستين لا تأخذ بعادتهن وقال الأقطع فإذا رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا كالداء الذي
ترأه الصغيرة التي لا يحيض مثلها وهذه العبارة تفيده أنه لا يحتاج إلى حكم القاضي بالإياس وكذا
العبارة القائلة إذا بلغت المقدر يعني وانقطع حيضها بحكم إياسها فإن رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا
إنما يقضى أن يكون عند بلوغ المدة مع الانقطاع يحكم به شرعا وقيل يكون حيضا ويبطل به
الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين إذا لم تر الدم بالاجتهاد
والدم حيض بالنص فإذا رأت أنه فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل كذا نقله بعضهم وهو يفيد
كون الخلاف إنما هو على رواية التقدير وأما على رواية عدمه فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية
معزي إلى الاستصحاب على رواية عدم التقدير قالوا ولو اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم لا تبطل بالاشهر وهو
المختار عندنا فثبتت اختلف المشايخ على الرويتين وفي بعض العبارات ما يفيد أن عدم الانتقاض إذا
حكم القاضي بالإياس ويقيد الانتقاض بعدم حكمه به في الخلاصة نقل من فوائد الصلاة عن محمد في
المعجز الكسيرة إذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض ثم نقل قول ابن مقاتل أنها مأمولة على ما إذا لم
يحكم بإياسها أما إذا انقطع وحكم بإياسها وهي ابنة سبعين سنة أو نحوها فترأى الدم لا يكون حيضا وقال
بعده بخطوط وطريق القضاء أن يدعى أحد الزوجين فسادا لنكاح بسبب قيام العدة فيقضى القاضي
بجوازها بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان الصدر الشهيد يفتي بأنها لو رأت بعد ذلك دما يكون حيضا
ويبقى يبطلان الاعتداد بالاشهر إن كانت رأت الدم قبل تمام الأشهر وإن كانت رأت أنه بعد تمام
الاعتداد بالاشهر لا تبطل النكحة ففى القاضي يجوز النكاح أولم يقض ثم ذكر الخلاف
صريحاً مبني على ما قلناه من مجموع النوازل أن الآية إذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم
يكون النكاح فاسداً عند بعض المشايخ رجهم الله إلا إذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رأت الدم
لا يكون النكاح فاسداً ثم قال والاصح أن النكاح يكون جائزاً ولا يشترط القضاء وفي المستقبل
العدة بالحيض انتهى فحصل في المسئلة أقوال على التقدير وعدمه وهي تنتقض إذا رأت أنه قبل انقضاء
الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قدر أقل مدة الإياس أو لاحكم بالإياس أو لا وهو ظاهر مختار
المصنف من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقا تنتقض كذلك إذا رأت أنه قبل تمام الأشهر وإن كان
بعدها فلا يبطل فلا تنتقض النكحة قضى بالإياس أولا وهو قول الشهيد تنتقض إذا لم يكن قضى بإياسها
كما قلنا لا تنتقض إن كان حكم بإياسها وهو بأن يدعى فساد النكاح فيحكم بعته وبانقضاء العدة
وتنتقض إذا لم يكن حكم بالإياس والقول الصحيح المصحح في النوازل انتقض في المستقبل فلا تعتد
بالحيض لا الماضي فلا تفسد النكحة المباشرة عن الاعتداد بالاشهر وإذا عرفت هذا فقول المصنف
هو الصحيح احتراز عن كل قول يخالف إطلاق الانتقاض مطلقا كان أو مته لا ومبني مختاره على

وقوله (نحرزاعن الجمع بين البديل والمبدل) منقوض عن صلى بوضوء ثم سبغه الحدث ولم يجد ماء فانه يني بالتيمم وكذلك اذا هجر
عن الركوع والسجود يوحى وفي ذلك جمع بين البديل والمبدل وأجيب بان البدلية اما أن تعبر في الصلاة أو في الطهارة وكلاهما غير
صحيح أما الأول فلان الصلاة بالتيمم ليست تبدل عن الصلاة بالوضوء (٢٧٩) وكذلك الصلاة بالاعاء

ليست تبدل عن الصلاة
بالركوع والسجود لان
بعض الشيء لا يكون بدلا
عن كله وأما الثاني فلان
الطهارة وان كانت فيها
البدلية لكن لاجمع بينهما
لان احدي الطهارة يني
لأنك بدل بالآخرى وأما
العدة بالشهور فبدل عن
الحيض والكل البديل
بالاصل لجمع بينهما قال
(والمنكوحه نكاحا فاسدا)
كل المنكوحه بغير شهود
باتفاق علمائنا والحرم اذا
نكحها الحرم عالمها بحرمتها
عند أبي حنيفة (والموطوءة
بشبهة) وهي التي زفت الى
غير زوجها فوطئها

(قوله اذا عجز عن الركوع
والسجود يوحى الخ) أقول
يعنى بعدم ما صلى أولها
بركوع وسجود (قوله
فلان الطهارة وان كانت
فيها البدلية لكن لاجمع
بينهما الخ) أقول يعنى
أن المراد بالجمع هو
إكمال أحدهما بالآخر
وليس ذلك بوجود في
الطهارة يني فانه لم يجمع
بينهما في رفع حدث
واحد بل رفع الحدث

(ولو حاضت حيضتين ثم أيسرت تعقدا بالشهور) نحرزاعن الجمع بين البديل والمبدل (والمنكوحه نكاحا
فاسدا والموطوءة بشبهة

استراط تحقق الاياس خلفية الاشهر بالنص وان تحقق الياس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى
المهمات ولا شك في الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لأعلم فيه دليل سوى
ما يوههم من لفظ الياس أنه يقتضى ذلك ولا شك ان الياس من مقولة الادراك فانه ليس الاعتقاد ان
الشيء لا يقع أبداً أما أنه يستدعى كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا ولذا
قد يتحقق الياس من الشيء ثم يوجد وكثيرا ما يقال في الوقائع كنت أيسر من كذا ثم وجدته فانما
يستدعى سبيله وكونه بأن يعدم الحيض ويعد وينتفي مخايل وجوده في باقي العمر لكبر السن كاف
فيه وعلى هذا إذا رآته بعد الاياس لا ينتقض ماضى ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالاشهر
لوقوعه معتبرا لوجود شرطه وبيق النظر به وذلك في انه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تعقد
الا بالحيض فيكون هذا ما صححه في مجموع النوازل ولا ينتقض فيما يستقبل أيضا كقول الصغار
 وغيره وهو يني على النظر فيما يترجى في هذا المرقى بعد الاياس أهو حيض أم دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء
بالاياس وعدمه إذ القضاء لا يرفع وجود المحسوسات في المستقبل والوجه يقتضى الاختلاف في
المستقبل فلا ينتقض ماضى لوجود الشرط وهو الاياس لوجود سببه وهو الانقطاع في سنه وهو الذي
يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمس والنسوة وعدم مخايل كونه امتدادا للظهر ولا يجوز في المستقبل
الا الحيض لتحقيق الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجهه الفساد بل على الوجه المعتاد وقد علمت ان
الاياس لا ينافيه فاذا تحقق الاياس تحقق حكمه وإذا تحقق الحيض تحقق حكمه والله سبحانه أعلم وأما
كون العجز المستدام شرطاً في الشيخ القاني فلا يستلزم له في الاياس اذا ملازمة بينهما ثبت شرعا
والمسئلة نصيحة لقياسية نص تعالى على تعليق الاعتداد بالاشهر عند الاياس وقد وجد ثبت الاعتداد
بهما بالنص ثم زال الاياس فثبت الاعتداد بالاقراء بالنص (قوله ولو حاضت حيضتين ثم أيسرت) بأن بلغت
سن الاياس عند الحيضتين وانقطع أو انقطع عندهما في سن لم تحض فيه أمها وأخواتها على ما ذكر الفقيه
وقوله (نحرزاعن الجمع بين البديل والمبدل) هذا التعليق هو المقيد لتكون المراد من قوله تعدد بالشهور
انهم اتسأف العدة بالشهور وأورد عليه ان المتوخى إذا سبقه الحدث في الصلاة ولا ماء يتيمم ويبنى وكذا
لو صلى أول صلاته بركوع وسجود ثم عجز جازله البناء بالاعاء وهما بدلان أجيب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم
بدل اعنا بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء والجمع ان يجمع بين التراب والماء في
رفع حدث واحد وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الاول بالماء ورفع الثاني بالتراب ولا الاعاء خلف عن
الاركان لانه موجود فيها وزيادة ولكن سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه للعذر وبقي البعض على حاله وبعض
الشيء لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فانما تكون الخلفية بشئ آخر
(قوله والمنكوحه نكاحا فاسدا) وهي المنكوحه بغير شهود ونكاح امرأ الغيرة ولا علم للزوج الثاني
بأنها متروكة فان كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لانه زنا واذ زنى بامرأة
حل لزوجهما وطؤها وبه يفتى كذا في الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبي حنيفة
رحمه الله خلافاً للموطوءة بشبهة كالتى زفت الى غير زوجها والموطوءة لئلا على فراشه اذا ادعى

الاول بالماء والثاني بالتراب ثم اجتمع في صلاة واحدة (قوله وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض) أقول قال الله تعالى والاولى
يثنى من الحيض الآية (قوله عالمها بحرمتها عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول يعنى انه فاسد عنده خلافاً له ما فاته باطل عندهما
وسيجئ في الحدود

(عدتهما الحيض في الفرفة والموت جميعا لانها) أي لان عدتها (للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح) اذ لاحق للنكاح الفساد والوطء بشبهة (والحيض هو المعترف) ولا تفرقة في ذلك بين الفرفة والموت فان قيل فعلى هذا وجب أن يكنى بحيضة واحدة أو شهر ككافي الاستبراء وليس كذلك أعجب بانها انما كانت ثلاث حيض الخافا للشبهة بالحقيقة فان أحكام العقد الفاسد أبدا يؤخذ من حكم الصحيح كافي البيع الفاسد والاحارة الفاسدة فانهم ما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك توقف على القبض لوهاء فيه ولذلك ثبت أجر المثل دون المسمى كذلك وههنا أيضا لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه فان عدة الوفاة لزادة اظهار التأسف لفوات نعمة النكاح والنعمة في النكاح الصحيح دون الفساد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا (واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة) وهو مروي عن ابن عمر قال عدتها أثر ملك اليمين (لأنها تحجب بزواله وكان كالاستبراء) ولهذا لا يختلف بالحياة والوفاة

(عدتهما الحيض في الفرفة والموت) لأنهما المتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعترف (واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة) لأنها تحجب بزوال ملك اليمين فشايت الاستبراء

الاستبراء (قوله عدتهما الحيض في الفرفة) الكاشفة بتفريق القاضي أو عزم الواطئ على ترك وطئها (والموت) أي موت الواطئ وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ومطلق اسم الزوج انما يقع على المتزوج بنكاح صحيح فالعدة في حقهما التعريف لا لظاهر خطر النكاح باظهار التأسف على زواله غير ان الفساد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح فلذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بأحدة كافي الاستبراء وانما وجبت في الصحيح ثلاث لان المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لانه مجتهد فيه فلا يوقى ظن الفراغ بمرور الحواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به أو استحاضة معه عندنا وغاية الامر انه مخالف للعادة بخلاف ما اذا تكررت في الأشهر فانه يضعف تجوز الحمل معه لضعف تجوز مخالفة العادة كثيرا بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة الى مخالفتها قليلا وهو ثبت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له ألا ترى انه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك ان فيه شائبة التعبد (قوله واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض) فان لم تحض فثلاثة أشهر يعني اذ لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدته فان كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الاول وفي الثاني والثالث لا يجب عليها عدة من المولى لعدم ظهور فراق المولى ولومات زوجها ومولاها ولا يدرى أيهم - ما أول فاما أن يعلم ان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كما كنا ما كان ذلك من يوم الى شهرين وأربعة أيام أو يعلم انه شهران وخمسة أيام فصاعدا أو لا يعلم كم بينهما ففي الاول نعتد بأربعة أشهر وعشر لانه ان كان موت المولى أولا فلا عدة منه لانهم ذات بعل ثم موت الزوج بعده وهي حرة موجب لاربعة أشهر وعشر وان كان موت الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام ثم موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعق غير موجب للعدة لانها معقدة ولا لتغيرها لانها تختص بفرفة الرجعي فتقتنا بعد عدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت في الزوج بين كونها أربعة أشهر وعشرا وشهرين وخمسة أيام فوجب الاحتياط فلزمها أربعة أشهر وعشر وفي الثاني يجب أن نعتد بأبعد الاجلين يعني تجمع بين أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض لان السيدان كان مات أولا ثم مات الزوج فعليه أربعة أشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات أولا فعدتها شهران وخمسة أيام ثم موت السيد بعدها يوجب عليه ثلاث حيض لانه بعد انقضاء عدة الزوج فعلى تقدير عدتها أربعة أشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بان نعتد بأكثر ما يلزمها وفي الثالث كذلك عنده - ما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذي ذكرناه وعند أي حنفية نعتد بأربعة أشهر وعشر فقط لاحتمال ان الزوج هو المتأخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراقه لم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل بأقوى الدلائل ولا يفتي انه مشترك الازام (قوله وقال الشافعي حيضة واحدة) وهو قول مالك وأحمد وقوله قول ابن عمر وعائشة وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهرى والأوزاعي واسحق انهم نعتد بأربعة أشهر وقولنا قول عمر وعلي وابن مسعود وعطاء والتخعي والثوري وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد وتزوج ان شاءت اذ لم تكن حاملا وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الجلي وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا فهو الموافقة وهذه المسئلة قياسية ولا شك انه يتحقق بموت المولى وعقده كل من أمرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش ففاساوعلى

ولنا انها وجبت بزوال الفراش فأشبهه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض (ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر) كافي النكاح (واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها)

الاول هكذا تر بص يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقتل تر بص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلاث حيض كالتربص في الطلاق وهذا أرجح لان العدة مما يحتاط في اثباتها فالقياس الموجب للاكثر واجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في إيجاب الزائد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الاتعدي حكم الاصل وهو وجوب التربص بحيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلى لانه مقتضاه فان أثر العلة فيه وفي كل قياس انما هو في تعدية حكم الاصل لا في غيره بنى ولا اثبات ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضى لوجوبه فاذا علمت هذا فإيجاب الزائد على الحيضة يقتضيه القياس الذي عيناه ولا يقتضى نفيه ما عينوه فبمسلم إيجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالعارضات ثابت بين كل قياسين اذا لم يكن موجب أحدهما لبعض موجب الآخر وحينئذ ثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الاصل بنى ولا اثبات فاذا كان في الفرع جامعان بلا مانع أحدهما يقتضى فيه حكما وجوديا والاخر غير بالسلكية فانه يلزم من اعتبار أحدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر اللهم الا أن يقال يجوز القياس والتعليل لنفي حكم فان النفي حينئذ مقتضاه وفيه كلام في الاصول ومن اختاره شرط كون العلة أمرا عديميا والمحققون على نفيه لان العدم لا يؤثر شيئا وما وقع في الفقه بما ظاهره التعليل به كقول محمد في عدم الخمس في موضع لانه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فانما حقيقته بناء الحكم على العدم الاصلى بناء على انه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس الا ذلك وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس أي يبقى على عدمه الاصلى لانه الحاق بجميع مؤثر بخلاف ما اذا كان موجب أحدهما لبعض موجب الآخر كما نحن فيه فان الجامعين متطافران على اثبات ذلك البعض وينفرد أحدهما باثبات أمر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر (قوله وإمامنا فيه عمر رضي الله عنه) روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن أبي كثير عن عمرو بن العاص أم الولد اذا عتقت ان تعدد ثلاث حيض وكتب إلى عمر فكتب بحسن رأيه فأما انه قال في الوفاة كذلك قاله أعلم وليس يلزم من القول بثلاث حيض في العتق من شخص قوله في الوفاة لا يرى الى ما ذكرناه من عمرو بن العاص انه قال بها في العتق وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشرين لكن قال الدارقطني وقبيصة لم يسمع من عمرو وهو منقطع وهو عندنا غير ضار اذا كان قبيصة ثقة وقد أخرج ابن أبي شيبة عن الحرث عن علي وعبد الله قالان ثلاث حيض إذا مات عنها يعني أم الولد وأخرج عن إبراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحرث ضعيف الآن غالب بنقل المذاهب فلما انحاز عن مثله والمحقق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الرأي وقد بينا ترجيح ما وافق رأينا (قوله وإذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل) احتراز عما اذا مات وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهر واتفقا ثم معرف ذلك ان تضع لاقل من ستة أشهر من موته في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند أبي حنيفة ومحمد وان وضعته لسته أشهر من موته فأكثر لم يكن محكما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل بأربعة أشهر وعشرين اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه ان تلده لا أكثر من ستين من موته وفيما دون

(ولنا انها أثر زوال الفراش) لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسيبها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما وامامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود (وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كافي النكاح) وقوله (واذا مات الصغير عن امرأته) ظاهر

وقوله (كالحادث بعد الموت) يعني بأن تضع بعد الموت لسته أشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم بأن باقى لا كثر من سنتين قال فى النهاية والاول أصح وتفسير قيام الحمل عند الموت أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا فى الفوائد الظهيرية (ولهما قوله تعالى وأولات الاجال أجلهن ان يضعن حملهن) من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج أو من غيره فى عدة الطلاق أو الوفاة وقوله (ولانهم مقدرة) دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بعدة وضع الحمل فى أولات الاجال فصرت المدة أو طالت لقضاء حق النكاح (٢٨٣) لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا المعنى يعنى قضاء حق النكاح يتحقق

فى الصبي وان لم يكن الحمل منه وهذه أخرى وهى واضحة وبين الاولى بقوله (لشرعها) أى لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعنى لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعروف على ما مر وفيه بحث لان الضمير فى قوله لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة فى أولات الاجال أو اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثانى لان المدعى عدة الوفاة فى الحامل ولا يلزم من ان لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم فى غير الحامل أن لا يكون له فيها ان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعنى ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لافى أولات الاجال ولا فى غيرها لانها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان أعم من المدلول كان أتم

وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر وهو قول الشافعى لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما الطلاق قوله تعالى وأولات الاجال أجلهن ان يضعن حملهن ولانهم مقدرة بعدة وضع الحمل فى أولات الاجال فصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق فى الصبي وان لم يكن الحمل منه

ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشئ لان التقدير للحادث بأكثر من سنتين أو بستين كواصل ليس الا للاحتياط فى ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته فى الصبي فلا حاجة الى تأخير الحكم بالحادث الى السنتين (قوله وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر) وهذه رواية عن أبى يوسف إذ لم يحتج فى الظاهر خلاف ولم يذكركم ولا جامع كلامه الحاكم وقول نغرا الاسلام وهذا يعنى الاعتداد بوضع الحمل استحسانا من علما تبادل عليه فانما هى رواية عنه وكذا قال شمس الأئمة وعن أبى يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر انتهى واذا قال أبو يوسف فى المطلقة اذا جاءت بولد لا كثر من سنتين تعتد بوضعه مع انه منى النسب ومحكوم بمعدونه فكيف يقول فى المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانما هى رواية شاذة وهو قول مالك وأحمد وهى رواية عن أبى حنيفة ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق أما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه إلا اذا لم يمكن بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فأتت بولد غير سقط لأقل من ستة أشهر من وقت العقد بان تزوجها حاملا من الزنا ولا يعلم الحمال ثم وضعته كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعندهم لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لم يصح العقد عند أبى يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما اذا لم يعلم فانه وان لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لانه شبهة فيقع الخلاف فى انها بالوضع أو بالاشهر وحاصل متمسكهم القياس على الحادث بعدموت الصغير هكذا حل منى النسب فلا تعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير (ولهما الطلاق قوله تعالى وأولات الاجال أجلهن ان يضعن حملهن) من غير فصل بين كونه منه أو من غيره (ولانها) أى عدة الوفاة فى حق الحامل وقت الموت (مقدرة بوضع الحمل فى أولات الاجال لا للتعرف فراغ الرحم لشرعها) أى لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى) وهو قضاء حق النكاح (يتحقق فى الصبي وان لم يكن الحمل منه) كما يتحقق فى الكبير والنسب منه وتلخيص هذا الوجه انه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب فى حكمه هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لقضاء حق النكاح اظهارا لظهوره متعرضا فيه لالغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه ودليل الالغاء شرع الاشهر مع تحقق الاقراء وبه يظهر فساد ما ذكره من صورة القياس فان حقيقة ليس الا نفي الحكم لنفى العلة

المساوية

فائدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبارا لعدم كماله

قال المصنف (لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر) أقول والظاهر انها لو كانت للتعريف يثبت المطلوب أيضا لانه بنى الكلام على الواقع ان قبل المراءى من ماء المطلق قلنا لاء فيه هنا قال المصنف (لكن لقضاء حق النكاح) أقول يعنى الغلب ذلك (قوله لان الحامل لا تحيض عندنا) أقول ولان عدتها ليست بالاشهر (قوله ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم فى غير الحامل الخ) أقول ولا أن تقول هذا منع لا يضر لثبوت المطلوب على ذلك التقدير أيضا

وقوله (بخلاف الحمل) جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني إنما كانت عدتها بالشهر ولا نأخذها بفراغ رجها عند الموت والتزمتا العدة بالشهر وحققا للنكاح بأية التريض (فلا تتغير بمحدث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بعدة الحمل) لانهم اعدوا أولات الاجال بالنص (فاقرقا) أي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فان قيل إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد الزمتها العدة بالشهر ونحوه إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت (٣٨٣) العدة بمحدث الحمل أوجب

بقوله (ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها الحمل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان أي الحمل) كالتام عند الموت حكما) تبع الحكم شرعي آخر وهو ثبت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالتام حكما وفي امرأة الصغير لم يثبت النسب لم يخرج الى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا الى أقرب الاوقات وكان ابتداء عدتها بالشهر لا بحالة (ولا يثبت النسب في الوجهين) يعني في وجهي مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده (لان الصبي لأمه له فلا يتصور منه العلوق) فان قيل النكاح موجود في مقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراس أجب بقوله (والنكاح يقام بمقامه) أي مقام الماء (في موضع التصور) وقوله (واذا طلق الرجل امرأته) ظاهر قال (واذا وطئت المعتدة بشبهة) اذا وجبت على المرأة عدتان فامان

بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهر ولا تتغير بمحدث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت مقدرة بعدة الحمل فاقرقا ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث لها الحمل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالتام عند الموت حكما (ولا يثبت نسب الولد في الوجهين) لان الصبي لأمه فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور (واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق) لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها (واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان

المساوية وهي ثبوت نسب الحمل فانه المعبر عنه مساوية للاعتداد بالوضع وهو متفق في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما تنفي في الحامل بمحدث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليه فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس بالقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليمكن من النكاح وقد ممان شرعيته لكل من الامرين فقد ينفر أحدهما وقد يجتمعان فالأولى عدم التعرض للنفي ويكفي كون العدة مطلقا للقضاء فانه إذا ثبت أمر الإغماء ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل لنتي أيضا واعلم ان قول أبي حنيفة ومحمد في المسئلة التي استبعدنا بها قول أبي يوسف أعني المطلقة إذا جاءت بولد لا كثر من سنتين ان عدتها تنقضي من ستة أشهر تلي الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت فنجعلها مضافة للحادث وهو الحمل الحادث الى أقرب زمانه (قوله بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما فاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى إنما شرع العدة بوضع الحمل إذا كان الحمل ناسبا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل لا العلم بأن حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من أن تثبت العدة إذ ذلك والفرض ان لا حمل حينئذ يثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع أو بالشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والفرض ان العدة تثبت لا يتوقف فانما تثبت بالشهر وبهذا الزم ان مراد الآية بأولات الاجال الاحمال حالة الفرقة (قوله ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها حمل بعد موته) بأن جاءت بولد لا قبل من سنتين مع حدوثه في نفس الامر حيث تعدد بالوضع لا بالشهر مع فرض حدوثه في نفس الامر وأجاب عن الحكم بمحدثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمي والواقع الا أن يتحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يتيقن بمحدثه كان الحكم ان تعدد بالشهر وعند التأمل لا معنى للايراد الجواب عنه بما ذكرنا أصلا (قوله ولا يثبت نسب الولد في الوجهين) أي في الحادث بعد الموت وغيره لان الصبي لأمه فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه أي مقام العلوق في موضع التصور لان الشيء إنما يقدر تقديرا اذا أمكن تصوره تحقيرا (قوله واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يحسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل) لانه مسمى الاسم في ثلاثة قسور وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان (قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة) من أجنبي أو من الزوج ووافق الشافعي في أحد

تكونا من رجلين أو من رجل واحد فان كان الثاني كما إذا طلقها ثلاثا فتر وجهها في العدة ووطئ أو وطئ المطلقة ثلاثا وقال ظنت انها تحل لي أو طلقها بألفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك ان العدتين يتداخلان وان كان الاول وكانا من جنسين كالموت في عنها زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجي أو من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطئها ثانيا وفرق بينهما تدخالن عندنا

(قوله وان كان الاول وكانا من جنسين كالموت في زوجها) أقول يعني كالموت في عنها زوجها

ويكون ما تراه المرأة من الحيض محسباً من جميعها وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها انعام العدة الثانية وصورة ذلك أن الوطء الثاني إذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطء الثاني ثلاث حيض أيضاً والحيضتان تنوب عن أربع حيض حيضتان الأولى وحيضتان الثانية والثالثة عن الوطء الثاني خاصة وإن لم تكن رأت شيئاً فليس عليها إلا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض (وقال الشافعي لا يتعدا خلان المقصود من العدة العادة أي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تدخل في العبادات كالصومين في يوم واحد) فإن العدة كف عن التزوج والخروج كأن الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكذلك لا تدخل في الصوم فكذلك في العدة (ولنا أن المقصود من العدة التعريف عن فراغ الرحم وقد حصل التعريف بالعدة الواحدة فيتعدا خلان) وقوله (ومعنى العبادة تابع) جواب عن قوله لأن المقصود هو العبادة والدليل على أن معنى العبادة في العدة تابع أن ركنها حرمة الأزواج والخروج قال الله تعالى ولا تعزموا عقد النكاح الآية وقال ولا يخرجن الآية وموجب النهي التحريم وإذا كان ركنها الحرمة فالحرمان مجتمع كصيد الحرم للحرم حرام للأحرام والحرم وكالتحرمين حلف لا يشربها وهو صائم فأنه حرام له لصومه ولكونه خيراً وأمينه بخلاف الصوم فإن ركنه الكف لقوله تعالى ثم أعوا الصيام إلى الليل ولين يجتمع الأمسا كان في يوم واحد واستوضح المصنف تبعية العبادة بقوله (الآثرى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف) يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق أدائها بدون ركنها واعتراض بأنها لو كانت لا تعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآنيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لأن زوجها لا يحتاج إلى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سائمان المقصود (٣٨٤) ذلك لكن لأنسلم جواز التداءخل والبالجاز التداءخل في اقراء عدة واحدة لحصول

المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها وأجيب عن الأول بأن الصبية التي تحتمل الوطء والآنيسة محتملان العلق وقد أراح الحكم على دليل الشغل وهو الوطء لأن العدة يكتفي في إيجابها بتوهم الشغل وإن كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها إلى التعرف قائمة بصيانة فلهي الزوجين عن الاختلاط لأن ماء الأول محترم في نفسه كماء

ويكون ما تراه المرأة من الحيض محسباً من جميعها وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية (وهذا عندنا) وقال الشافعي لا يتعدا خلان لأن المقصود هو العبادة فأنه عبادة كف عن التزوج والخروج فلا يتعدا خلان كالصومين في يوم واحد ولنا أن المقصود التعريف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتعدا خلان ومعنى العبادة تابع الآثرى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف قوله فيما إذا كان الواطئ المطلق والوطء بشبهة يتحقق بصور منها التي زفت إلى غير زوجها والوطء لزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر أو في العدة إذا قال ظننت أنها تحل لي والتي طلقها بالكنية ثم وطئها في العدة أو كانت في عدة فوطئها آخر بشبهة أو في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه يجب عدتان ويتعدا خلان وهو قول مالك وعدمه قول الشافعي وأحمد رحمهم الله وما في الغاية من أن الشبهة في المطلقة الطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب بالوطء وإن قال ظننت أنها تحل لي وإذا لم يثبت النسب لا يجب به العدة سياق دفعه في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى ثم معنى التداءخل جعل المرفق عنهم ما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة

الثاني وعن الثاني بأن أنسلم الملازمة لأن التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود لأن المقصود من الأولى التعرف الفراغ ومن الثانية إظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة إظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لأن المصنف لم يعمل إلا بالتعرف عن فراغ الرحم وكان السؤال وارداً عليه

(قوله والدليل على أن معنى لعبادة إلى قوله وموجب النهي التحريم) أقول مأخوذ من شرح تاج الشريعة لكنه مؤخذ ثم أقول بل موجب كف النفس عن المهوى عنه على ما حقق في الأصول الآن يكون مراده موجباً في تنكح الآتين لدليل يدل عليه وهو ما ذكره المصنف فليأمل (قوله فإن ركنه الكف لقوله تعالى الخ) أقول يعني أنه ما موبه وكل ما هو كذلك فهو عبادة فيكون كفا (قوله لكن لأنسلم جواز التداءخل الخ) أقول لأوجه لهذا المنع بعد ما بين المقدمة المنوعة بالدليل ولك أن تقول في العبادة والمراد هو النقص الإجمالي (قوله وأجيب عن الأول بأن الصبية التي تحتمل الوطء الخ) أقول ما تقول في الصغيرة التي لا تحتمل فأنه يجب العدة إذا دخلها زوجها عند أكثر المشايخ (قوله وعن الثاني بأن أنسلم الملازمة الخ) أقول بمقابلة المنع بالمنع إذا حصل على ظاهره (قوله وفيه نظر لأن المصنف الخ) أقول والصحيح في الجواب أن يقال المقصود من العدة هو التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لانه محتمل فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضاً مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا بخلاف ما إذا تكرر فأنه حينئذ يقوى بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لأعلى هذا الوجه فأنه لم يمتحض له ألا يرى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعر فأنه ملكان فيه شائبة التعبد فليأمل

الاولى فعلها حيضتان تمامها وتحتسب بهما من عدة الثاني وللاخر أن يخطبها إذا انقضت عدتها من
الاول لانها في عدته ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعا فله ان يراجعها إذا شاء ثم لا يقر بها
حتى تنقضي عدتها من الاخر وان طلقها بانه تنافلس له أن يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني
حتى تنقضي عدتها منه وكذا ان كانت العدتان بالشهور قالوا والخلاف مبني على ان ركن العدة ماذا
فعند الشافعي كف النفس عن الحرمان في مدة معينة فإذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكف عنها
كذلك بسبب آخر لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق
بالعقوبات ألا ترى أن من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر
لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا ان الركن نفس تلك الحرمان الكائنة في تلك المدة
ويمكن اجتماع حرمان في الشيء الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه في زمان واحد بأسباب
مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها بالصائم ونحو ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها
تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ونحن نستأنف الكلام ونقول لاشك انه يثبت عند تمام سبب
العدة أمور هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمان بانتهاء
ووجوب التبرص في تلك المدة أيضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع أن هذا الوجوب
لا بد أن يثبت لازما للحرمة بأدنى تأمل ومتعاق الوجوب ليس الا فعل المكلف والتبرص وان كان
الانتظار فهو من أفعال النفس فان أردنا تعيينه لم نر أن نسب به من كونه ترك تلك الحرمان الى انقضاء
المدة وترك الشيء لا يخرج عن كونه كف النفس عنه أو حبسها فنظن المقابلة بين الكف والترك
بعد عن التحقيق وحينئذ يكون حاصل يتربصن نهيا عن تلك الامور لانه طلب الكف عنها كما جعلوا قوله
تعالى وذروا البيع نهيا عنه فالثابت تحريم هذه الامور ومن المعلوم أن لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة الا عند
علمها بالسبب أو التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم فيحكم بهذه المقدمة وهي أن الحكم انما يثبت
في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب والمقدمة القائلة ان الحكم المقيد بعبدة ينتهي بانتهاء ما يلزم منها
اذ لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آمنة لان الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب
بل غاية أصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في أصل الوجوب على ما عرف أو علمت ثم لم تكف
أي لم تتبرص عن الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى أن تمت المدة خرجت عن العدة آمنة
فلا يكون انقضاءها بلا علمها ومع تركها الكف دلالة على أن معنى العبادة تابع كما قال المصنف بل
الدليل على ذلك تحققها في حق من لا تصح العبادة منه ولا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق
العدة في الشرع بالاصال انما هو لتعرف فراغ الرحم ولاظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان
كما في ذات الاقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف القدرة المختارة نفسها
عن متعلقات تلك الحرمان ولا شك أن العدة تطلق على كل من تلك الامور أما على التبرص ففي قولنا
وجبت العدة ونحوه وأما على نفس المدة ففي نحو قولنا انقضت العدة وما سند كرايضا وأما على
نفس الحرمان فبفرض دعوانا انها الركن لكن الشأن في بيان أن مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا
فالذي يفيد حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن ثلاثة أشهر انه نفس المدة
الخاصة التي تعلقت الحرمان فيها وتقيدت بها الا الحرمان النابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التبرص
وقوله تعالى يتربصن انما يفيد لزوم التبرص لأنه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلام الامور
ثابت عند تمام السبب والكلام الا ان ليس فيه وأما قوله تعالى أجلهن أن يضعن حملهن حتى يبلغ
الكتاب أجله فاذا بلغن أجلهن فالأجل هو ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطلبة في
الدين ثم الثابت بمعنى هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتها ولا دليل فيه

وقوله (والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة (٣٨٦) نعتد بالشهور) ظاهر قال في المبسوط ولتزوجت في عدة الوفاة قد دخل بها الثاني

ففرق بينهما فعليه بالبيعة
عدتها من الاول تمام أربعة
أشهر وعشر وعليها ثلاث
حيض للآخر ويحتسب
بما حاضت بعد التفريق
من عدة الوفاة أيضا قال
(وابتداء العدة في الطلاق
عقيب الطلاق) ابتداء
العدة في الطلاق عقيب
الطلاق (وفي الوفاة عقيب
الوفاة) لأن سبب وجوب
العدة الطلاق أو الوفاة
(فيعتبر ابتداءها من وقت
وجود السبب) فان لم تعلم
بالطلاق أو الوفاة حتى مضت
مدة العدة فقد انقضت عدتها
قال محمد اذا فارق الرجل
امراة زمانا ثم قال لها كنت
طلقتك منذ كذا والمرأة
لا تعلم بذلك لها ان تصدقه
وتعتبر عدتها من ذلك الوقت
(ومشاينا) يريد علماء
بخاراوسمرفند (يفتون في
الطلاق ان ابتداءها من
وقت الاقرار نفي التهمة
المواضعة) بلوزان بتواضعا
على الطلاق وانقضاء العدة
ليصبح اقرار المريض لها
بالدين ووصيته لها بشئ
أو بتواضعا على انقضاء
العدة لان يتزوج أختها أو
أربعاسواها وقال في الذخيرة
اختيار مشايخ بلخ أنه يجب
العدة من وقت الاقرار
عقوبة عليه جزاء على
كتمان الطلاق يعني حتى

(والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة نعتد بالشهور ويحتسب بما تراه من الحيض فيها) تحقيقا للتدخل
بقدر الامكان (وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة) فان لم تعلم بالطلاق
أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها) لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر
ابتداءها من وقت وجود السبب ومشاينا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفي التهمة
المواضعة (والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق

أيضا الأعلى مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا في التبرص وأما وصف العدة بالوجوب في
قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضي أن المراد بها فعل كالتبرص والكف وهو لا يستلزم كونه
المفهوم الحقيقي الا ظاهرا وذلك لولم يعارضه النظم القرآني فلخص انه يجب كون مسمى العدة المدة
الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل وحينئذ نقول لا يلزم بناء الخلاف في تدخل العدتين على
كون ركن العدة الكف والحرمات بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة الحقيقية وذلك لأن العدة
حينئذ تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها فتدخل العدتين يستلزم تدخل تلك
العبادات الواجبة فيها لأن تدخلها تدخلها واللازم متحد حينئذ وهو امتناع تدخل العبادات
سواء جاء لازماله داخل العدة أو كان عين تدخلها فلذا والله أعلم اقتصر المصنف عن كون المبني ماهو
والدفع على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب تحقيقه على وجه العادة بل مطلقا اذ لا دليل يوجب
كونه وجبا بعباده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لو وقع الكف
منها بغيرية بل اتفاقا أو لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آتية مع أنه لم تحقق العادة
لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم أنه لم يجب على انه عبادة نعم هو له عرضية أن يصير عبادة فان
البالغة العاقلة اذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع فروغ النفس لذلك احتسابا لله وقصدا لطاعته
وقع ذلك عبادة لله تعالى لأنه يجب ايقاعه كذلك لما ذكرنا (قوله والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة
نعتد بالشهور ويحتسب بما تراه من الحيض فيها) فالو لم ترفيها دما يجب أن نعتد بعد الاشهر بثلاث
حيض (قوله وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق) لأن سبب وجوب العدة الطلاق تساهل
فقد قدموا ان سببها النكاح والطلاق شرط وان الاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط فالاولى أن
يقال لان عند الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون مبدء العدة من غير فصل
بالضرورة (قوله ومشاينا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفي التهمة المواضعة بأن
يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصبح اقرار المريض لها بالدين أو بتواضعا عليه ليتزوج أختها
أو أربعاسواها واذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الاثنية الاربعة وجهه وجها للصيانة والتابعين لهذه
التهمة فينبغي أن يعمري به محل التهمة والناس الذين هم مظانها ولذا فصل السغدي حيث قال ما ذكر
محمد يعني من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند
الطلاق اليه أما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهم اظاهر فلا يصح في الاسناد قال محمد وعلى
هذا اذا فارقها زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك تصدق وتعتبر عدتها من ذلك
الوقت ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لا اعترافها بالسقوط وعلى قول هؤلاء فينبغي أن لا يحل له التزوج
باختها أو أربع سواها وعرف أن تقييده بالاقرار يفيد أن الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة فينبغي أن
نعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار وأن سقوط النفقة والسكنى
على قول هؤلاء انما هو اذا صدقته أما اذا كذبت في الاسناد فلا وكذا اذا قالت لا أدري والحكم
في الفصول الثلاثة على قول المشايخ ان العدة من وقت الاقرار ولا يصدق في الاسناد ثم المراد من قوله

لا يتزوج باختها أو أربع سواها جزاء على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد
اقرت بسقوطه (والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق) بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما

أوعزم الواطئ على ترك وطئها) والعزم أمر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان يقول تركت وطأها أو ما يفيد معناه في مقام مقامه ويدار الحكم عليه (وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو السبب الموجب) للعدة اذ لو لم يطل بمجب عليها العدة (ولنا ان كل وطء وجد في العقد) وتقريره القول بالموجب وهو ان يقال سلنا ان الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطآت التي توجد بالعقد الفاسد (منزلة وطأة واحدة لاستناد الكل الى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بعهر واحد) واذا كان كذلك لم يثبت آخر وطأة تنوب عليها العدة الا بالتفريق أو العزم لانه قبل ذلك جاز ان يوجد غيره فلا يكون (٣٨٧) ما فرضناه آخر الوطآت آخرها

وتجريد هذه النكته العدة لا تثبت الا بآخر وطأة وآخر وطأة لا توجد الا بالتفريق أو العزم فالحاجة لا تثبت الا بالتفريق أو العزم أما أنها لا تثبت الا بآخر وطأة فبالا اتفاق بيننا وبين المتكلمين وأما ان آخر وطأة لا توجد الا بالتفريق أو العزم فلما قال مع جواز وجود غيره وقوله (ولان التمكن على وجه الشبهة) دليل آخر وتقريره أن حقيقة الوطء أمر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطء على وجه الشبهة وكل أمر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم فالتمكن من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء واذا قام مقامها فهمما كان التمكن باقيا كان الوطء باقيا فلا يتعين آخر الوطآت اذا التمكن باق بعد كل وطأة فرضت فلا بد من المتاركة أو العزم ليرتفع التمكن فتعين آخر الوطآت فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطء أمر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة انما هي للزوجين

أوعزم الواطئ على ترك وطئها) وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بعهر واحد قبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاؤه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره (واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذب الزوج كان القول قولها مع اليقين) لانها أجنبية في ذلك وقد اتهمت بالكذب ومشايخنا مشايخ بخارا وسمرقند واقتصار النهاية والدرية على قوله من مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب فان كان غائبا فاما مونه أو طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة واذا اشكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بونه ولو جعل أمر امرأته بيدها ان ضربها فطلقت نفسها فانكر الزوج الضرب فأقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب ينبغى أن تكون من وقت الضرب ولو طلقتها أو أنكر فأقامت البينة فقضى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء (قوله أوعزم الواطئ) بأن أخبره أنه ترك الوطء فان الاخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه أما آخر الوطآت لا يعلم لاحتمال وجود آخر بعده وفي الخلاصة والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون الا بالقول كقوله تركت وما يقوم مقامه كتركتها وخليت سبيلها اما عدم الجحى فلا اذا الغيبة لا تكون متاركة لانه لو عاد بعد ولو أنكر نكاحها لا يكون متاركة (قوله ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة) لاستناد الكل الى كل الوطآت (الى حكم عقد واحد) وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا أى لا اعتبار الكل واحدا يكتفى بعهر واحد ولو لم يعتبر ذلك تعددت المهود بتعدد الوطء لما عرف فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت كل الوطآت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر انها اذا حاضت بعد الوطء أى وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للزواج فاذا تزوجت ظهر ان ذلك كان آخر الوطآت وان كان وطئها بعد ذلك عاده هذا التقدير فقول ان تركها حتى حاضت ثلاث الخ ولو حاضت حيضة بعد وطئها ثم قال عزمتم على تركها احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتزوج بعد حيضتين أخريين وعندنا لا احتسب بها (ولان التمكن) من الوطء (على وجه الشبهة) بسبب ذلك العقد (أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاؤه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره) أى في غير الواطئ وهو حلها للزواج والمضى لا يعرف الحكم واذا أقيم مقام حقيقة الوطء لا تثبت العدة مادام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك الا بالتفريق أو المتاركة صريح محافل تثبت العدة الا عندهما واختار أبو القاسم الصنار قول زفر ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول طائفة من المشايخ وهو الوجه انه لو تزوجت عالة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئها كان صحيحا فيما بينهما وبين الله تعالى انما شاء تراط كونها بعد الترك في القضاء (قوله فالحول قولها مع اليقين) لا بد أن يكون محل هذا ما اذا كذبها مع كون المدة

وحقيقة الوطء ليست بخفية بالنسبة اليها ما قلت قد أشير الى الجواب بقوله (ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره) أى غير الواطئ وهو الذي يريد أن تزوجها وقيل وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها ولا خفاء في مفهوم كلام المصنف في النكحتين ولم أجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خاطرى أبو عبيد وجهه المقلد دموعه وقوله (واذا قالت المعتدة انقضت عدتي) ظاهر

(قوله) أما أنها لا تثبت الا بآخر وطأة الى قوله فلما قال مع جواز وجود غيره) أقول فيه بحث قال المصنف (مع جواز وجود غيره) أقول بالنسبة الى الموطوءة فانها لا تعلم الا آخر حتى تبصر هكذا قيل وفيه بحث اذ مر اتفاقا معنى العبادة تابع في العدة فاذا حاضت ثلاث حيض بعد الوطء ينبغى أن يجوز تزوجها بزواج آخر لتعين آخر الوطء فتأمل

وقوله (فتختلف كالمودع) يعني اذا قال هلكك الوديعة أو قال رددتها وأنكر المودع ذلك فان القول قوله مع عينه لانه أمين وما على الامين الا البين قال واذا (طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً) قال في النهاية هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في التمهيد والخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على أصل واحد وهو أن الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولاً في النكاح الثاني أو لا فعند محمد لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهرة ووجه قول محمد أن هذا اطلاق قبل المسيس والخلو الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة فان قيل فعلا يجب عليها كمال العدة الاولى أجاب بقوله وا كمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانياً بلا دخول صار النكاح الثاني كالعقد دوم فيجب عليها كمال العدة الاولى (كالمواشترى أم ولده) أي منكوحة التي ولدت منه (ثم أعنتها) فانه يجب عليها ثلاث حيضات ان من النكاح تجتنب فيه ما تجتنب من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجب العدة ألا ترى انه لا يجوز أن يتزوجها (٣٨٨) وانما لم يظهر حكم العدة في حقه لما منع وهو ملك البين فاذا زال المانع ظهر حكم

العدة في حقه أيضاً فوجب
حق الفساد وهما يعتبران
من الاعتاق أيضاً ويلزمهما
الاحداد وأما الثالثة فانهما
تجب من العتق خاصة فلا
يلزمهما الاحداد (ولهما انها
مقبوضة في يده حقيقة
بالوطأة الاولى وبقي أثره) أي
والحال انه بقي أثره أي أثر
الوطأة الاولى (وهو العدة
فاذا جدد النكاح وهي
مقبوضة) بالدخول في
النكاح الاول ناب ذلك
القبض الذي كان بالدخول
(مناب القبض) أي بالدخول
(المستحق في هذا النكاح)
فاذا طلقها صار كأنه طلقها
بعد الدخول في النكاح
الثاني فيجب عليه مهر كامل
وعليها عدة مستقبله فان
قبل لو كان الطلاق بعد
النكاح الثاني كالطلاق

فتختلف كالمودع (واذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبله وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى) لان هذا اطلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وا كمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كالمواشترى أم ولده ثم أعنتها وله ما أعتقها والمقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي أثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد فوضع هذا طلاقاً بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها أصلاً لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجواب ما قلنا

تحتل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوماً عندهما لانه اذا لم تحتله المدة لا يقبل قولها أصلاً (قوله كالمودع) اذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول مدعي الرد مع ان عليه البين اذا كذبه وعكس هذه المسئلة اذا قال الزوج أخبرني بان عدتها قد انقضت فان كان في مدة لا تتضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها الا أن بين ما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق غيبة ذيقبل قولها ولو كان في مدة تحتله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج باختها لانه أمر ديني يقبل قوله فيه (قوله واذا طلق الرجل امرأته) المدخول بها (طلاقاً بائناً دون الثلاث) ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبله عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وقال زفر نصف المهر والمثمة ان لم يكن سمي فيه شيء وليس عليها عدة مستقبله ولا تنكح العدة الاولى وقال محمد لها نصفه أو المنة وعليها تمام العدة الاولى لزفر ان العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بالطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير ان ا كمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه (قوله كالمواشترى أم ولده) أي زوجته التي هي أم ولده اذا كانت أمة فانه يفسخ النكاح

بعد الدخول لكان صريحه معقب الرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الطلاق بائن بالشراء
أجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمثابة للشي لا يلزم أن يساويه من جميع الوجوه ألا ترى ان الخلو كالدخل في حق تكميل المهر وجوب كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلو كان الواقع بائناً وشبهه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح وقوله (فوضع هذا طلاقاً بعد الدخول) تشبيهه لتحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق وقول زفر على ما ذكره واضح وقوله (وجواب ما قلنا) اشارة الى قوله وا كمال العدة الاولى والى قوله وله ما أعتقها مقبوضة في يده الخ

قال المصنف (كالمواشترى أم ولده) أقول أي زوجته التي هي أم ولده اذا كانت أمة فانه يفسخ النكاح بالشراء ولم يظهر العدة حتى حل وطؤها ملك البين ثم بالعتق يظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لان أم ولده أعتقت وتدخلت العدتان فيجب عليه الاحداد الى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لان عدة النكاح ولا يجب عليها فيها شيء من الحيضة الاخرى لانها عدة أم الولد أعتقت (قوله تشبيهه لتحقيق بدليل قوله قبله الخ) أقول في دلالة على ما ذكره تأمل بل دلالة على انه كذلك حكماً الآن برى بدالتشبيه هذا المعنى

بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولداً عتقت وتدخلت العدة فإن فيجب عليها الاحداد إلى أن تذهب عدة النكاح وهي حضنتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقي من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم ولداً عتقت وكذا لو طلقها طلاقاً بائناً ثم اشتراها ثم أعتقها ولها ولدها منه أولاً ولها منه فأنه يجب عليها العدة بالطلاق ثم تبطل في حقها بالشراء حتى يجوز له وطؤها فإذا زال بالعتق تظهر حتى يجب عليها تمام العدة الأولى لأنه كان واجباً بالطلاق السابق وما قاله زفر فاسد لأنه يستلزم إبطال المقصود من شرعها وهو عدم اشتباه الانساب فأنه لو كان تزوجها قبل أن تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للزوج من غير عدة من الطلاق وفي ذلك اشتباه النسب وفساد كبير ولهما أن الوطء قبض وهي مقبوضة في يده حقيقة بالوطء الأولى وبقي أثر هذا القبض بقيام العدة أذهي أثره فإذا جدد النكاح والحال قيام قبضها ناب قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر فكان بمجرد العقد قابضاً كالغاصب إذا اشترى الغصب وهو في يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستأنف ولا يقال وجب على هذا أن يملك الرجعة لأن الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو مستأنف لانا نقول نحن ما جعلنا النكاح الثاني قائماً مقام النكاح والدخول من كل وجه بل في حق تكميل المهر ووجوب استئناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه إقامته مقامه في حق جميع الأحكام والأحكام إقامة في حق ترك الاحتياط لأن الاحتياط في انقطاع الرجعة ألا يرى أن صريح الطلاق بعد الخلوة لا يثبتها مع أن الخلوة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا أنه لم يلزم من إقامة النكاح مقام الدخول في ذلك الحكمين إقامته مقامه وثبوت الرجعة بصريح الطلاق وهذه إحدى المسائل المبنية على هذا الأصل وهو أن الدخول في النكاح الأول دخول في الثاني أولاً وثانيهما تزوجها نكاحاً فاسداً ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحاً وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبله عندهما ولو كان على القلب بأن تزوجها صحيحاً أولاً ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسداً لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الأولى بالاتفاق والفرق لهما أنه لا يمكن من الوطء في الفاسد فلا يجعل واطئاً حكماً لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئاً بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة بها ولا عليه المهر وثالثها لو دخل بها في الصحة وطلقها بائناً ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائناً قبل الدخول هل يكون فاراً أم لا ورابعها لو تزوجت بغير كف ودخل بها ففرق القاضي بينهما ما يطلب الولي ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر وفرق القاضي بينهما قبل أن يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملاً وعدة مستقبله عندهما استحساناً وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها تمام العدة الأولى وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوجها في العدة فبلغت فاخترت نفسها قبل الدخول وسادسها تزوجها صغيرة فدخل بها فبلغت فاخترت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وسابعها تزوجها ودخل بها ثم ارتدت ثم أسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وثامنها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وناسعها تزوج أمه ودخل بها ثم أعتقت فاخترت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وعاشرها تزوج أمه ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوجها في العدة أعتقت فاخترت نفسها قبل الدخول (قوله وإذا طلق الذي الذميمة) أو مات عنها (فلا عدة عليها) فلوتزوجها مسلم أو ذمى في فور طلاقها جاز وهذا إذا كانت لا تجب في معتقدهم بخلاف ما إذا طلقها المسلم أو مات عنها فإن عليها العدة بالاتفاق لأنها حقه ومعتقده

(وإذا طلق الذي الذميمة
فلا عدة عليها)

وكذا اذا خرجت الحربية النسيان من امة على نية أن لا تعود الى دار الحرب أبدا يقال راغم فلان قومه إذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام الترمذي إذا خرج أحد الزوجين النسيان أسلم أو صار ذميا والآخر على حربه فقد زالت الزوجة ثم إن كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها وانما قيد المصنف بقوله مسلمة بيان الاحسن حالها فان تزوجت جازع عند أبي حنيفة وقال عليها وعلى الذمية العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم) يعني كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده إذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لعدة عليها من الكافر إذا كان معتقدهم ذلك (وقد ساء في كتاب النكاح) يعني في باب نكاح أهل الشرك (وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق وجبت العدة فكذلك بسبب التباين بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتر كها) في دار الحرب (لعدم تبليغ أحكام الشرع اياها وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فقيده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص وقوله (ولان العدة حيث وجبت دليل معقول وتقريره العدة حيث (٣٩٠) وجبت كان فيها حق العبد لانها تحجب صيانة لماء محترم ولهذا لا تحجب قبل الدخول

ولا حق للعربي لانه ملحق بالجاهد حتى كان محلا للملك وقوله (الآن تكون حاملا) يجوز أن يكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجاهد معنى لان معناه والحربي لاحقه (الآن تكون امرأته حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب) والجل الثابت النسب يكون مانع من احتماله ألا ترى أن أم الولد إذا كانت حاملا لا يزوجه مولاه وإذا كانت حائلا جازله ذلك وهذا لان الولد إذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك إذا لم يكن ولقائل أن يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل

وكذا اذا خرجت الحربية النسيان من امة فان تزوجت جازا لأن تكون حاملا وهذا كله عند أبي حنيفة وقال عليها وعلى الذمية العدة) أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول أبي حنيفة فيما إذا كان معتقدهم أنه لا عدة عليها وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذلك بسبب التباين بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتر كها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم أن تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجاهد حتى كان محلا للملك الآن تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها ولا يوطؤها كالجلبى من الزنا والاول أصح

(قوله وكذا اذا خرجت الحربية النسيان من امة) ليس بقيد بل الاعتبار أن نصير بحيث لا يمكن من العود لما يجوز جهامسلة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لا عدة عليها (فان تزوجت جازا لأن تكون حاملا) وعنه لا يوطؤها الزوج حتى يستبرأ بمحضة وعنه لا يزوجها الا بعد الاستبراء (وقال عليها) أي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة (وعلى الذمية العدة) أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح) أي الاختلاف المشبه وهو عين التنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح أهل الشرك وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز الى آخره أو المراد كلامنا من الاختلافين (وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لمسلمة في دار الاسلام (لو وقعت بسبب آخر) غير التباين في دار الاسلام كالطواغة والموت والطلاق (وجبت العدة فكذلك بسبب التباين) وانما قيدنا بالنسيان ليجوز خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ولو لم يخص بها لم تظهر المسلمة عليه لانه فائز بعدم العدة عن طلاق الذي ذميه إذا كانوا يدينون ذلك (قوله بخلاف ما إذا هاجر الزوج) مسلما أو ذميا أو مستأمن ثم صار مسلما أو ذميا (وتر كها) فانه لا عدة عليها هناك إجماعا حتى جازله أن يتزوج أختها أو أربعا سواها كما دخل دار الاسلام (لعدم تبليغ الأحكام) لها في دار الحرب لالانها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح أهل الشرك انها حق الأدي فخطب بها وقوله (وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) بعد قوله تعالى إذا جاءكم

والحائل فتقيده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماء زرع غيره مشهور ولتلقته الأمة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يوطؤها كالجلبى من الزنا والاول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لسبب نسب الولد بخلاف الجلبى من الزنا لانه لا نسب له

(قوله وانما قيد المصنف بقوله مسلمة الخ) أقول انما قيد بقوله مسلمة ليعلم أن حال غيرها بالطريق الأولى قال المصنف (ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة) أقول ممنوع عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله أمتنع من احتماله) أقول فلا يلزم من منع الحمل منع الاحتمال (قوله والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله الخ) أقول فيه بحث والاصوب التثبت بقوله تعالى وأولات الاحمال الآية فان المراد أولات الاحمال عند الفرقة ولا فرق في الزنا ثم الحديث لا يدل على نفي النكاح بل يدل على نفي الوطء (قوله والاول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح الخ) أقول قد تقدم في فصل المحرمات من كتاب النكاح ان امتناع النكاح في ثابت النسب ملحق صاحب المياء ولا حرمة للعربي فينبغي أن يجوز

فصل لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات أن يتعلمنه وما لا يجب يقال بت طلاق المرأة وأبنته والمبتونة المرأة وأصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتونة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلاث وهي المختلعة والمطلقة ثلاثاً والمطلقة بتطبيق بائنة (وعلى المبتونة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد) وهو ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها وأصل الحد المنع يقال أخذت المرأة إحداداً فهي محذمة منعت نفسها وحدت تحد حداداً (أما المتوفى عنها زوجها فله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الأعلى زوجها أربعة أشهر وعشراً) وفي وجه الاستدلال به أشكال لان (٣٩١) مقتضاه أحلال الأحداد للمتوفى عنها زوجها الكون الاستثناء

من التحريم والاستثناء من التحريم أحلال وليس الكلام فيه وإنما هو في الإيجاب وقال في النهاية يمكن أن يقال قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل نفي لأحدال الأحداد ونفي أحلال الأحداد نفي الأحداد نفسه فثبت كان في المستثنى اثبات الأحداد لا محالة وكان تقرير الحديث لا تحدد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجها فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً فكان هذا حينئذ إخباراً بأحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجباً لان إخبار الشارع أكد من الأمر وهذا أنسب ما وجد في الشروح فإن قيل الأحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فكيف صار

فصل قال (وعلى المبتونة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد) أما المتوفى عنها زوجها فله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الأعلى زوجها أربعة أشهر وعشراً وأما المبتونة فذهبنا

المؤمنات مهجرات والزبادة على النص لا يجوز بالظن وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء في المطلقات فالخاق التباين بالطلاق قياساً بقيد عا بعد العدة ولا يجوز الزيادة بالقياس وهذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة والخلو الصحة في النكاح الفاسد لا تجب معها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها المهر لان التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلو مقام الوطء ولا إشكال في وجوبها بالخلو الصحة في النكاح الصحيح وأما الخلو الفاسد في النكاح الصحيح فإن كان يمكن الوطء مع المانع كالحيض والأحرام ونحو ذلك تجب العدة وإن لم يجب كمال المهر وإن اعتذر بأنه عدم الدخول لأن ما حق الشرع والولد فلا يصدق أن في حق إبطال حق غيرهما وتقدمت هذه في باب المهر وإن هذا قول القدروري ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلو وعدة المستحاضة كغيرها لأنها ترد إلى أيام عاداتها فإن نسبت عاداتها اعتدت بثلاثة أشهر وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالأشهر فأما أن يكون الطلاق أو الموت في غرة الشهر أو في أثنائه ففي الأول يعتد بثلاثة أشهر في الطلاق أو أربعة في الوفاة بالأهلة وفي الثاني قال أبو حنيفة تعتبر الأيام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالأيام ثم تعتد شهرين بالأهلة وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام وعن أبي يوسف روايتان كالقولين آخرهما كقول محمد رحمه الله

فصل لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذت كماً يجب فيها على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من أصل وجوبها (قوله وعلى المبتونة) يعني ويجب بسبب التزوج على المبتونة وأصله المبتوت طلاقها ترك ذلك للعلم به لكثرة استعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثاً وأو واحدة بائنة ابتداء ولا نعلم خلافاً في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الأقارب وهل يباح قال محمد في النوادر لا يحل الأحداد لمن مات أبوها أو أمها أو ابنها أو أخوها وإنما هو في الزوج خاصة قيل أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من إباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام والتقييد بالمبتونة يفيد نفي وجوبه على الرجعية وينبغي أن لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام وأنها زوج له أن يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريد هذا الأحداد مباح لها لا واجب عليها به يفوت حقه (قوله فله صلى الله عليه وسلم الخ) في الصحيحين من حديث زينب بنت

أحبابنا بمرعاض الكتاب أوجب بان المراد بما في الكتاب فرح خاص وأسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح هكذا روى عن ابن مسعود (وأما) وجوب الأحداد على (المبتونة فذهبنا

فصل وعلى المبتونة (قوله وخضابها بعد وفاة زوجها) أقول الأولى أن يقال بعد فراق زوجها لم المبتونة (قوله وقال في النهاية يمكن أن يقال إلى قوله وهذا أنسب ما وجد في الشروح) أقول إن أراد اتحاد النفيين فظاهر أنه ليس كذلك وإن أراد الاستلزام فعلى تقدير تسليمه لا ضرورة في جعل الاستثناء من اللازم ثم أقول لو صح ما ذكره لا طرد في أمثاله وليس كذلك (قوله فإن قيل الأحداد هو التأسف على فوت النعم وهو مذموم الخ) أقول ولك أن تقول المذموم هو التأسف على فوت النعم والنيوبية المحضة ونعمة النكاح ليست كذلك فإنها من أسباب النجاة في المعاد والدنيا

وقال الشافعي لاحد ادعيا لانه وجب اظهار التأسف على فوت زوج وفي بعهدا الى عماته وقد أوحشها
بالابانة فلا تأسف بقوته

أبي سلمة قالت توفي جيم لام حبيبة فدعت بصرة فسهخته بذراعيها وقالت إنما أضع هذا لاني سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث
الاعلى زوج أربعة أشهر وعشرا والجيم القريب وقد روى بلفظ آخر ووقع فيه مفسرا هكذا لما توفي
أبوها أبو سفيان وفي لفظ البخاري فيه فوق ثلاثة أيام ولا يخفى انه لا دليل فيه على إيجاب الاحداد لان
حاصله استثناء من نفي الحل فيقيد بثبوت الحل ولا كلام فيه وما قيل من أن نفي حل الاحداد نفي الاحداد
فاستثناءه استثناء من نفيه وهو إثباته فيصير حاصلا لاحداد الامن زوج فانما يتحد وذلك يقتضي
الوجوب لان الاخبار يفيد على ما عرف ومن أن نفي حل الاحداد إيجاب الزينة فاستثناءه استثناء
من الإيجاب فيكون إيجابا لان الاصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم ادفع كون
نفي حل الشئ الخسئ نفي له عن الوجوب لغة أو شرعا ليشتمل الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي له عن
الحل ولو سلم فوجود الشئ في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحقيقه بالاباحة والنسب ولا وجوب وأيضا
استثناء الاحداد من إيجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد واتحاد الجنس
حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود
فيهما فهو كالاول فلذا قال طهشير الدين وما فاهوا عما فيه تلج القواد وعن هذا ذهب الشعبي والحسن
البصري إلى أنه لا يجب ولكن يحل ويدل عليه ما أخرجه أبو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة أن تحد على زوجها حتى تنقضي عسيتها وعلى من سواه
ثلاثة أيام والحق ان الاستدلال بخو حديث حفصة في صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال لا يحل
لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الاعلى زوجا فانما تحد عليه أربعة
أشهر وعشرا فان فيه نصريحا بالاخبار ويكون الحديث المذكور للمصنف محكوما بآراء الاخبار
بوجود فعلها منه بطريق الحل لظهور إرادته في حديث آخر ولم يخف أن الاخبار الموجب الوجوب
الاخبار بصدور الفعل بالنسبة إلى المكاف بالنسبة إلى ثبوته شرعا مثلا اذا قال الحداد تفعله المرأة أفاد
الوجوب لا اذا قال الحداد ثابت شرعا فانه أهم ومن الادلة فيه حديث أم عطية في الصحيحين أنه صلى الله
عليه وسلم لم قال لا تحدا امرأته على ميت فوق ثلاث الاعلى زوج أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا
مصبوغا الاثوب عصب ولا تسكتحل ولا تمس طيبا الا اذا ظهرت نبذة من قسطا وظفار فصرح بالنهي في
تفصيل معنى ترك الاحداد والنسبة بضم النون الشئ البسير والقسط والظفار نوعان من الخور
رخص فيه في الغسل من الحيض في تطيب المحل وإزالة كرامته وحديث أم سلمة في الصحيحين أيضا
قالت جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها
وقد اشتكت عينيها أفنكحها بضم الحاء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لامرأتين أو ثلاثا كل
ذلك يقول لانه قال انما هي أربعة أشهر وعشرا وقد كانت احدا كن في الجاهلية ترمي بالبعرة
على رأس الحول قالت زينب كانت المرأة اذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا وابست ثريابها ولم
تمس طيبا ولا شيا حتى غر بها سنة ثم تأتي بدابة جارا أو شاة أو طائر فتقتض به فقلما تقتض بشئ الامات
ثم تخرج فتطلى بعرة فتري بها ثم تراجع بعد ما شاة من طيب أو غيره الحفش بكسر الحاء المهملة ثم
فاه ثم شين مجمة البيت الصغير قرب السقف حفير وتقتض بقاء ثم تاهمتا من فوق مفتوحة قيل
أي تكسرها هي فيه من العدة بطائر أو نحو تمسح بقبيلها وتبذره فلا يكاد يعش ماتقتض به فهو من
فض الله فاه ولا فض الله فاك وقيل الاقتضاض الانتقاء بالغسل ليصير كالفضة فهو منه والاول أحسن
(قوله وقال الشافعي رحمه الله لاحد ادعيا) أي على المبتونة لانه لاظهار التأسف وهو في الموت لصبره

وقال الشافعي لاحداد
عليها لانه وجب اظهارا
للتأسف على فوت زوج
وفي بعهدا الى عماته وهذا
قد أوحشها بالابانة فلا
تأسف على فوته

ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب (رواه أم سلمة) ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى حماد عن إبراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعبة لا تختضب ولا يلبس ثوباً مصبوغاً ولا يخرج من بيوتهم وإبراهيم أدرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقوله (ولأنه واجب) دليل معقول ويجوز أن يكون بيننا لالحاق الميتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقرير أن النص ورد في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بالاحداد ومناط حكمه اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤثنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتة (٣٩٣) قبل الابانة لابعدها فكان

الحاق الميتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتأفيف فان قيل ان تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد اقتدت بنفسها برضاها للطلب الخلاص منه فكيف تتأسف فالجواب أن الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التأسف بوضعه فلا يعتبر بصورة نقص صدرت من ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الأزواج أيضاً لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لا نأقول النص لم يرد إلا في الزوجات والأزواج ليسوا في معناهم لكونهم أدنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهم لأنهم لهم على وضهم ودرور النفقة عليهم لكونهم ضعائف عن التكسب عواجز عن

ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولأنه يجب اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤثنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتة قبل الابانة لابعدها (والحداد) ويقال الاحداد وهما الغتان

على صحبتها إلى الموت بخلاف ابتدائه لطلاقها ثلاثاً فإنه موحشها وخلعه لانها راغبة فيه لما كان سؤالها قلنا في محل النزاع نص وهو ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره السروجي حديثاً واحداً وعزاه للشافعي هكذا ولقظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب والله أعلم به ويجوز كونه في بعض كتبه وأما جعله حديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث أبي داود عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا في عدتي من وفاة أبي سلمة لا تمسطيني بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب قلت فبأي شيء أمشط يارسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك فقع الطعن في إسناده لا يقيد المقصود فإنه في معتدة عن وفاة ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بإجماع اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وبقتدر تسليم ان ما عينه الشافعي مناسب معتبر في محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل في المحل أيضاً اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح التي هي من أسباب النجاة في المعاد والدين فإنه ضابط للعكة المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة والطيب من مبهجات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعاً في هذه المدة فتمتنع دواعيه دفعا لما يدفع عن أداء الواجب وقد ذكر المصنف هذا المعنى أيضاً عند قوله وفيه وجهان إلى آخره لكن ظاهره انه ذكر على أنه علة أخرى والتحقيق انه حكمة لان المنضبط فوات ما قلناه بخلاف ما هو دواعيه وكل من الامر ينسقل بالحكم فاذا وجد في محل ثبت معه ذلك الحكم ففي الميتة ان فقد التأسف على الزوج فالآخر وهو اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ما ذكر من اظهار التأسف مطلقاً ليس علة لأنه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فلا يكون الاحداد في المتوفى عنها منوطاً بلزم كون وجوبه تبعاً للعدة بالنص أو معاولاً بالآخر فقط لكن منع بأن المراد بقوله تعالى لكيلا تأسوا الآية الأسمى مع الصباح والفرح مع الصباح نقل عن ابن مسعود موقوفاً ومرفوعاً (قوله والحداد ويقال الاحداد) فمن الاول يقال حدث المرأة تحمد من باب نصر ومن باب ضرب أيضاً حداداً فهي حاد ومن الثاني يقال أحدث

التقلب ولا كذلك الأزواج وقوله (والحداد ويقال الاحداد) تعريف للحداد وكان موضعه أول الكلام وأتى بالجامع الصغير لان لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوجه إشارة إلى أن العذر هو التداوى لا الزينة

(قوله ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها) أقول فيقتضي أن يجب الحداد على المطلقة الرجعية في العدة والجواب ان كونها معتدة متردد غير متبين مادامت في المسدة فاذا انقضت ولم تراجعها يظهر ان المبطّل عمل عمله من وقت وجوده والمدة عدة كما تقدم فلم تكن معتدة على الكمال (قوله ويجوز أن يكون بيننا لالحاق الميتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة) أقول فيه بحث (قوله) ومناط حكمه اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح (الخ) أقول ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الاعلى زوجها يدل على انه لفوات

الزوج فليتنامل

ان هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها لان المرأة ان كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها (وهى ممنوعة عن النكاح) مادامت فى عدة الوفاة أو الطلاق (فتجتنبها كى لا تصير ذريعة) أى وسيلة (الى الوقوع فى المحرم) وهو النكاح (وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للعقدة فى الاكتهال) روى عن أم سلمة رضى الله عنها أنها قالت جاءت امرأتها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوج ابنتى توفى وقد اشتكت عيناها فأنسكجها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا امرأتين أو ثلاثا وقوله (والمراد الدواء) يعنى ينبغى أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله (للماروينا) اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الحناء طيب

(قوله روى عن أم سلمة رضى الله عنها الى قوله فقال صلى الله عليه وسلم لا امرأتين أو ثلاثا) أقول فان قيل مقتضى الحديث أن لا يجوز بعذر كاهو مذهب الظاهرية لا يجوزون الاكتهال ولومن وجع الحديث قلنا لجهور رجلاه على انه لم يتحقق الخوف على

(أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن الطيب وغير الطيب الامن عذروا فى الجامع الصغير الامن وجع) والمعنى فيه وجهان أحدهما ذكرناه من اظهار التأسف والثانى ان هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها وهى ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كى لا تصير ذريعة الى الوقوع فى المحرم وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للعقدة فى الاكتهال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الامن عذرا لان فيه ضرورة والمراد الداء لا الزينة ولو اعتادت الدهن خافت وجعا فان كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذلك البس الحر إذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به (ولا تختضب بالحناء) للماروينا (ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران) لانه يفوح منه رائحة الطيب

محمد احدا فهى محد (قوله ان تترك الطيب) ولا تحضر عمله ولا تجرف فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه (قوله) وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم تقدم (قوله والدهن لا يعرى عن نوع طيب) إما فى ذاته أو فى المذهب به لما فيه من طيب نفسه به وزينته وقد وقع الزياح يخرج الاحاديث هنا وهم وذلك انه جعل لفظة الدهن عطف على الاكتهال فقال عن المصنف انه صلى الله عليه وسلم لم يأذن للعقدة فى الاكتهال والدهن فخرج حديث منعه الاكتهال ثم قال وأما الدهن فقريب وهو سحره فان الدهن مستدأخيره قوله لا يعرى عن نوع طيب فالحق الحاقا (قوله قال الامن عذر) لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الأئمة وذهب الظاهرية الى انها لا تنكحل ولومن وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نبيها مؤكدا عن الكحل التى اشتكت عيناها والجمهور رجلاه على انه لم يتحقق الخوف على عيناها وكذا قال المصنف فان كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء فى حديث أم حكيم بنت أسيد عن أمها ان زوجها توفى وكانت تشكى عيناها فتكحل بكحل الجلاء فأرسلت مولدة لها الى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تنكحل منه الامن أمر لا بد منه يشتد عليك فتكحلى بالليل وتمسح به بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أم سلمة وقد جعلت على صبر فقال ما هذا يا أم سلمة فقلت انما هى صبر يا رسول الله فقال انه يشب الوجه فلا تجعله الا بالليل وانزع به بالنهار ولا تمسحطى بالطيب ولا بالحناء فانه يخصب الحديث رواه أحمد وغيره لكن أمها مجبولة وتمسحطت باسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره فى المبسوط وأطلقه الأئمة الثلاثة وقد ورد فى الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهى ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لانخراج الهوام الى الضيقة ثم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يحل وأجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلقوا فى غير المطيبة كالزيت والشيرج البعثن والسمن فنعناهم نحن والشافعى الا لضرورة لحصول الزينة به وأجازها الامامان والظاهرية (قوله لعذر) كالحكة والقمل والمرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلى والمعنى المعقول من النص فى منع المصبوغ ينفيه وقد صرح بمنع الحلى فى الحديث على ما سنذكره ولم يستثن من المصبوغ فى الحديث السابق الا العصب فشمل منع الاسود (قوله لانه يفوح الخ) يفيد انه اذا كان خلقا لرائحة له يجوز وفى الكافي قال اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا بأس به لضرورة استراة العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغى تقييده بقدر ما تستعدت أو باغبره إما بيبعه والاستخلاف بتمنه أو من مالها ان كان لها وروى مالك وأبو داود والنسائي عن أم سلمة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عينا زوجها المعصفر من الثياب ولا المسقاة ولا الحلى ولا تختضب ولا تنكحل هذا لفظ أبي داود والمشق المقررة ولا تلبس العصب عندنا وأجاز الشافعى رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه ودون غليظه واختلف الحنابلة فيه وفى تفسيره فى الصحاح العصب ضرب من برود الين ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك وفى

عيناها قال الكمال الدميرى فى شرح منهاج النووي زاد عبد الحق فيه انها قالت يا رسول الله انى أخشى أن تفقأ عينا المعنى قال وان انفقت اه فهذا يدل على ما ذهب اليه الظاهرية الآن يقال بعدم صحته وفيه تأمل

قال (ولاحد ادعى كافرة) هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وعن خمس الكافرة والصغيرة وأم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكروا في هذا الموضوع لكونها معلومة مما تقدم أما الكافرة وهي الكتابية فلا نكاح لها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه أشار إلى ذلك قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر وأما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة في اثباتها استطراد وهو ظاهر وأما أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد (٣٩٥) فلان كل واحدة منهم ما فاتها

نعمة النكاح لتظهر التأسف والاصل هو الاباحة في الزينة لاسيما في النساء

قال المصنف (ولاحد ادعى

على كافرة) أقول قال ابن

الهام ولا حداد عندنا

على كافرة ولا صغيرة ولا

مجنونة خلافاً للشافعي ومالك

رحمهما الله لانه يجب بموت

الزوج فيم النساء كالعدة

قلنا يجب الحداد عند فقد

الزوج حقان حقوق الشرع

ولهذا لو أمرها الزوج

بتركه لا يجوز لها تركه ولا

يخاطب هو لادبه ولهذا

شرط الايمان فيه حيث

قال صلى الله عليه وسلم

لا يحل لامرأة تؤمن بالله

واليوم الآخر الحديث

قولهم كأنهم العدة عليهم

قلنا العدة قد تنقل على كف

النفس عن الحرمات الخاصة

وعلى نفس الحرمات وعلى

مضى المدة كما أسلفناه

بتحقيقه والعدة اللازمة

لهن بكل من المفهومين

الاخرين على معنى ان

عند اليقونة بالموت

والطلاق يثبت شرعاً عدم

صحته نكاحهن الى انقضاء

مدة معينة فاذا باشره ولي

قال (ولاحد ادعى كافرة) لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع (ولا على صغيرة) لان الخطاب موضوع عنها (وعلى الامة الاحداد) لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال (وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد)

المعنى الصحيح انه ثبت بصريحه الثياب وفسرت في الحديث بأنها ثياب من اليمن فيها بياض وسواد ويباح لها لبس الاسود عند الامة الاربعة وجعله الظاهرية كالاحمر والاخضر (قوله ولا حداد على كافرة) لاحداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة خلافاً للشافعي ومالك لانه يجب لموت الزوج فيم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند موت الزوج حقان حقوق الشرع ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هو لادبه ولذا شرط الايمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث قولهم كأنهم العدة عليهم قلنا العدة قد تنقل على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة على ما أسلفناه بتحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الاخرين على معنى ان عند اليقونة بالموت والطلاق يثبت شرعاً عدم صحته نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة ولا مجنونة قبلها لا يصح شرعاً ولا خطاب للعباد فيه تكليف بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فانه فعلها الحسي محكوم بجرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلما كحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأتين لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتين (قوله وعلى الامة الحداد) يعني اذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتب والمستعانة لثبوت العلة الموجبة لانها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى وليس في الاحداد قوت حقه في الاستخدام بخلاف المنع من الخروج فانه لو رزقها في العدة ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في عدةها كي لا يفوت حقه في اقتحامها وحق العبد مقدم على حق الشرع باذنه لقائه قال تعالى اما اضطررتم اليه فان قيل لو وجب الحداد لعل قوت نعمة النكاح لوجب بعد شرا المنكوحة فالجواب انها لم تفت لقيام الحل والكفاية غاية الامر انه ثبت على وجه أخط من الحل الثابت بالعدة باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف المالك ولا أثر لهذا القدر من الاحطية فان نعمة النكاح ليس قوتها مؤثراً باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار قوت ما فيها من انها سبب لصونها وكفاية مؤثراً وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد وبهذا التقرير يندفع اشكال انه لا يتوب الادنى وهو هذا الحل عن الاعلى والتفصى عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة الا أنه لم يظهر لكونها حلالاً حتى لو اعتقها بظاهر فانه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها انه وجوب لا فائدة فيه لان لها الزينة والتطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة (قوله وليس في عدة أم الولد من وفاة سيدها أو اعتاقها احداد) وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا

الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعاً ولا خطاب للعباد فيه تكليف بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فانه فعلها الحسي محكوم بجرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلما كحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأتين لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتين اه في قوله فلا بد فيه من خطاب التكليف بحث لانه لم لا يجوز ان يكون الاولياء

قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فان قيل قد ذكر المصنف ان وجوب الحداد لاظهار التأسف وكون هذه الاشياء
دواعي الرغبة فيها فان فات الاول في أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيه لانهم ممنوعان عن النكاح حال قيام عدتهما
وكان ينبغي أن يجب الحداد عليهما الوجه الثاني أجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على
قوات نعمة النكاح والحكم يدور على (٢٩٦) العلة دون الحكمة وأرى ان قوله والاباحة الاصلية اشارة الى الجواب

عن هذا السؤال ووجهه
انما فات فيهما أحد
الوجهين عارضت الاباحة
الاصلية الوجه الآخر فلم
تثبت الحرمة ولا ينبغي أن
تخطب المعتدة لقوله
ولا تعزوا عقدة النكاح
حتى يبلغ الكتاب أجله
(ولابأس بالتعريض في
الخطبة لقوله تعالى ولا جناح
عليكم فيما عرضتم به من
خطبة النساء الى أن قال
ولكن لا تؤاخذوهن سرا
الآن تقولوا قولا معروفا
وقال صلى الله عليه وسلم
السرا النكاح وعلى هذا
التفسير كانت الآية دليلا
على الحكمين جميعا والتعريض
أن تذكري شيئا تدل به على
شيء آخر وقد فسر من
عباس في الخطبة على
ما ذكره في الكتاب ومعنى
قوله أكنتم في أنفسكم أي
سترتم في قلوبكم فلم تذكره
بالستنكم لامعرضين ولا
مصرحين والمستدرك بقوله
ولكن لا تؤاخذوهن
محذوف تقديره علم الله
انكم سترن كروهن
فاذ كروهن ولكن

لانها ما فاتت نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة أصل (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة ولا بأس
بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن
لا تؤاخذوهن سرا الآن تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السرا النكاح وقال ابن عباس رضي الله
عنهما التعريض أن يقول اني أريد أن أتزوج وعن سعيد بن جبيرة رضي الله عنه في القول المعروف اني فيك
لراغب وانى أريد أن نجمع (ولا يجوز للطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها بسلا ولا نهارا
والمثوى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها)
لانهم ما فاتت نعمة النكاح (والاصل الاباحة) أي اباحة الزينة وهذا لان الاعتاق يزول الرق الذي
هو أثر الكفر فهو موضع السرور لا الأسف والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر وأورد عليه
انه قوات علة معينة وقدم المصنف الاحاد علة أخرى وهو كون هذه الاشياء دواعي الرغبة وكل منهما
يستقل وهذه موجودة هنا فينبغي أن يجب الحداد وأجيب بان كونهم ممنوعين عن النكاح حكم
وجوب الحداد لا علة بل علة قوات نعمة النكاح وهو يدور معها وجودا وعدما كذا قيل وهو بالضعيف
جدير وفي النهاية تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الاحاد بقوات نعمة النكاح والحكم
يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف في مسألة الاستبراء (قوله ولا بأس بالتعريض في الخطبة) أراد
المثوى عنها زوجها اذا التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلا
فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولا فضائه الى عداوة المطلق والتعريض
أن تذكري شيئا يدل به على شيء لم يذكره لقول ابن عباس فيما أخرج البخاري عنه قال لا جناح عليكم
فيما عرضتم به يقول اني أريد أن أتزوج أو وددت أن يتسرلى امرأه صالحة وقال القاسم يقول انك
على كربة وانى فيك لراغب وإن الله لسائق اليك خيرا أو نحو هذا وأخرج البيهقي عن سعيد بن جبيرة
الآن تقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب وانى لا رجوع أن نجمع وليس في هذا تصريح
بالتزوج والنكاح ونحوه انك لجميلة أو صالحة ولا يصرح بنكاحها فلا يقول اني أريد أن أنكح
أو أتزوجك وسبب الآية ولا جناح عليكم فيما عرضتم به أي فيما ذكرتمهن من الالفاظ الموهمة
لارادة نكاحهن أو أكنتم أي أضمرتم في أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصرحاً بحال الله أنكم
سترن كروهن فاذا كروهن ولكن لا تؤاخذوهن سرا أي نكاحا فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسبب
النكاح سرا لانه سبب السر الذي هو الموطوءة فانه مما يسر وحديث السر النكاح المسد كور في الكتاب
غريب الآن تقولوا قولا معروفا والاستثناء يتعلق بلاؤا عدوهن وهو منقطع لان القول المعروف
ايضا داخلا في السر والاستدراك يتعلق بالمحذوف الذي أبرزنا صورته وهو فاذا كروهن والله أعلم (قوله
وبعض الليل) يخصه من التعليل قوله وقد عتد الى أن يجمع الليل وقد روى عن محمد المثوى عنها
لابأس أن تغيب عن بيتها أقل من نصف الليل قال الحلواني هذه الرواية صحيحة لان المحرم عليها البيتوتة
في غير منزلها والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل نقله في الكافي وقد مر قبله ما ينقي اختيار صحتهما

لاؤا عدوهن سرا أي وطأ لانه مما يسر الآن تقولوا قولا معروفا وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء متعلق بلا
تؤاخذوهن أي لا تؤاخذوهن مواعدة قط لا مواعدة معرفة كذا في الكشاف وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبيرة بما ذكره
في الكتاب (ولا يجوز للطلقة الرجعية والمبتوتة أن تخرج من المنزل) الذي كانت فيه وقت المفارقة إلا اذا اضطرت نحو ان خافت
سقوطه أو يغار فيه على نفسها أو مالها أو أخرجهما أهل المنزل بان كانت تسكن بكرة وكان زوجها غائبا أو لا تقدر على الاجرة
(والمثوى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها)

رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت أن تعتد في بني خدره لاني بيت زوجها فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم (٣٩٨) فقال لها أعيدي المسئلة فاعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب أجله يعني لا تخرجي

حتى تنقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على حكمين على أنه يجب عليها أن تعتد في منزل الزوج وعلى أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز فإنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها آخر وجه الاستفتاء وقوله (والأولى أن يخرج هو ويتركها) لأن مكنتها في منزل الزوج واجب ومكنته فيه مباح ورعاية الواجب أولى وقوله (وان ضاق عايمها المنزل فلخرج) يشير إلى أن ضيق المنزل من جهة الاعتذار فإذا خرجت فإلى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل إليه بخلاف المتوفى عنها زوجها إذا خرجت لعذر فإن التعيين إليها الاستبداد هاهنا أمر السكني وقوله (وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقتها ثلاثاً أو مات عنها) هذه المسئلة على وجوه لا يخلو

(قوله وعلى أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز) أقول كان المرخص خروجها لطلب المعاش والخروج للسؤال عما يعمهم من أمر

اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله (وان كان نصيبها من دار الميث لا يكفيها فأنخرجها للورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعتذار فصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه (ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لا بد من ستره بينهما ما لم لا بأس به) لانه معترف بالحرمه الا ان يكون فاسقاً يخاف عليه امنه فحينئذ يخرج لانه عذر ولا يخرج عما انتقلت اليه والأولى أن يخرج هو ويتركها (وان جعل بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليها المنزل فلخرج والأولى خروجها واذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقتها ثلاثاً أو مات عنها في غير مصر فإن كان بينهما وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها) لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء (وان كانت مسيرة ثلاثة أيام ان شامت رجعت وان شامت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن)

ابن عمرة حدثني زبيب بن عبد الحكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعاً ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هذا حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن إسحق وهو أشهرهما وإسحق بن سعيد بن كعب وقدرى عنهما جميعاً يحيى بن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنهما الجهة انتهى وقول ابن خزيمة زبيب بنت كعب مجهولة لم يروها غيره سعيد بن إسحق وهو غير مشهور بالعدل دفعه ابن القطان بأن الحديث صحيح فان سعيد بن إسحق ثقة وعمن وثقه النسائي وزبيب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث صحيح وفي صحيحه وثيقه ما ولا يضر الثقة ان لا يروى عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به وأما ما روى الدارقطني أنه صلى الله عليه وسلم أمر المتوفى عنها زوجها ان تعتد حيث شئت فقال فيه لم يسنده غير أبي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز أيضاً ضعيف وعطاء بن المسيب مختلط وأبو بكر بن مالك أضعفهم فلذلك أهله الدارقطني به وذ كرا جمع أصوب لاحتمال أن تكون الحناية من غيره انتهى كلامه (قوله وصار كما إذا خافت على متاعها اللصوص الخ) أي فأنخرج لانه عذر واذا خرجت إلى منزل للعذر صار اثنتي كالاول فلا يخرج منه الاعتذر وتعيين الموضع الذي تنتقل إليه في عدة الطلاق إلى الزوج وفي عدة الوفاة إليها انما مستبعدة في أمر السكني حتى ان أجرة المنزل ان كان بأجر عليها وعليها أن تسكن فيه إلا أن لا تجد الكراء وتجد ما هو بالكراء فلها أن تتحول إليه وكذا في الزوج الغائب ولا يخرج العتدة إلى صحن الدار التي فيها منازل الا جانب لانه كالخروج إلى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع إليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جازاها الخروج إلى صحنها ولا تصير به خارجة عن الدار وتبيت في أي بيت شئت منها (قوله ثم لا بد من ستره بينهما) يعني اذا لم يكن للزوج الابيت واحد كي لا تقع الحيلولة بالاجنبية وكذا هذا في الوفاة اذا كان من ورثته من ليس يحرمها ثم لا بأس بالمساكنة بعد انحاز الحجاب كنفاء بالحائل وانما اكتفي به لان الزوج يعتد بالحرمه فلا يقدم على المحرم الا أن يكون فاسقاً حينئذ يخرج لانه عذر والأولى أن يخرج هو وكذا في كل موضع يفحق عذر يبيع الخروج الأولى أن يخرج هو ولعل المراد انه أخرج فيجب الحكم به كما قبل اذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو المحرم أولى وادما قلنا وهذا لانهم علموا أولوية خروجه أن مكنتها واجب لا مكنته ومتى انتقلت فتعين المكان اليه كما ذكرنا آنفاً (قوله واذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة أو غيرها) المقصود اذا سافرها فطلقتها فامار جعياً أو بائناً في

دينها غير ذلك فان المذهب ان الزوج يضرب المرأة على الخروج من منزلها بلا اذن الا ان احتاجت إلى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتي لها وهو غير عالم فليتا مل ذلك ربه ابن الهمام في آخر القسم (قوله ورعاية الواجب أولى) أقول بل رعاية الواجب واجب

اما أن يكون بينهما وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام أو ثلاثة أيام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينهما وبين مقصدها ثلاثة أيام أو دونها اما اذا كان ثلاثة أيام فظاهر لان المضي الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان أقل منها فلا يلزم رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها وان كان الثاني فلا يلزم اما أن يكون بينهما وبين المقصد أيضا ثلاثة أيام أو أقل فان كان ثلاثة أيام فهي بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن لان المكث في ذلك المكان أخوف عليهم من الخروج لان وضع المسئلة في الخروج الى مكة وغالب طرقها مفازة ومعطش فلا بد من الخروج قيل وينبغي أن تختار أقرب الجانبين وهي في هذه المسئلة كاتي أسلمت في دار الحرب لها أن تهاجر من غير محرم لانها حائقة على نفسها ووديتها فهذه في المفازة كذلك وقال المصنف (الا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج) وان كان أقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لا تكون منشئة سفرا ولا مسافرة في العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشئة سفرا فلها مضت الى مقصدها وليدكر المصنف في الكتاب هذا (٢٩٩) اشق اعتمادا على أنه يفهم من الشق

الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان أحدهما أقل تعين وقوله (الا أن يكون طاقها أو مات عنها في مصر) استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني أن لها الخيار في ذلك الا اذا كانت المفارقة في مصر فليس لها أن تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل أن تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذي الغربية ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا وقوله

معناه اذا كان الى المقصد ثلاثة أيام أيضا لان المكث في ذلك المكان أخوف عليهم من الخروج الى الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال (الا ان يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر فأنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد) لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذي الغربية ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة تمنع من الخروج من عدم المحرم فان لم أر أن تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للامتناع ذلك فلما حرم عليه الخروج الى السفر بغير المحرم في العدة أولى

الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لان النكاح قائم وان كان بائنا أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر فان شاءت مضت الى المقصد وان شاءت رجعت سواء كانت في مصر أو لا معها محرم أو لا لانه ليس في ذلك انشاء سفر وخروج المطلق والمطوف عنها زوجها ما دون السفر مباح اذا مضت الحاجة اليه بمحرم وبغيره الا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج كذا في الدراية واطلاق المصنف يقتضي انه اذا كان بينهما وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينهما وبين مقصدها سفرا أو دونه أما ان كان مدة سفر فظاهرا لان المضي الى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما ان كان ما دونها فتراجع أيضا لانها كما رجعت تصير مقيمة واذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك كذا في النهاية وهو أوجه (قوله ومعناه اذا كان الى المقصد ثلاثة أيام) فصاعدا فاذا كان دونها الى المقصد لا تخير بل يتعين عليها الذهاب الى المقصد (قوله الا أن يكون) استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت أي في جميع الاحوال الا في حال يكون طلقها أو مات عنها في مصر فأنما الاختيار بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبي حنيفة سواء كان معها محرم أولا وحاصل وجوه المسئلة اما أن يكون بينهما وبين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتخير والاولى الرجوع على ما في الكافي وعلى

(وهذا عذر) اشارة الى نكتة أخرى هي أن التبرص على المعتدة في منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كأنه دام المنزل وغيره واذي الغربية ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولا يبيح حنيفة ان العدة تمنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله واذا مضت كانت مسافرة) أقول في الاغلب والافيجوز أن لا يكون بين مصرها ومكة مدة السفر فالاولى أن يعال بما يشمل تلك الصورة (قوله لان نفس الخروج مباح بالاتفاق) أقول فيما اذا كان في مصر وكان بينهما وبين مصرها أقل من مدة السفر الا ان الامام أباح حنيفة رحمه الله يقول هو بناء على الخروج الاول لانه انشاء الخروج وفيما نحن فيه تكون منشئة للسفر فتدبر (قوله وقوله وهذا عذر اشارة الى نكتة أخرى الخ) أقول يعني سئلنا انه ليس بمباح لكنه يرخص لها بعد ذرفان قيل المباح في كلام المصنف حينئذ يعني المرخص به ذرفا لفرق بين النكتتين لاتحادهما معنى قلنا لاننا سلم انه معنى المرخص فانه اذا كان بينهما وبين مصرها أقل من مدة السفر وكانت في مصر مباح لها أن تخرج وترجع الى مصرها فعمل الاول ذلك فتأمل

باب ثبوت النسب

لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الأقرع والأشهر والأجال ذكر ما يلزم من اعتداد أولات الأجال وهو ثبوت النسب في هذا الباب (ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لسته أشهر من يوم تزوجها) أي من وقت تزوجها لان اليوم قرن بفعل غير معتد فيكون بمعنى الوقت يعني من (٣٠٠) غير زيادة ولا نقصان (فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها قرأه لانها المأجرات

باب ثبوت النسب

(ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لدا لسته أشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر) اما النسب فلانها قرأه لانها المأجرات بالولد لسته أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله

ما في النهاية وغيرهما عين الرجوع أو كان أحدهما سفرا أو لا خردونه فقتل ما دونه لانها باختيار مقابلة منشئة سفرا دون اختياره فان كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون في مفارقة أو مصر فان كانت في مفارقة فان شاءت مضت وان شاءت رجعت بمحرم أو لا لان ما يخاف عليها في ذلك المكان أشد ما يخاف عليها في الخروج والاولى أن تختار الرجوع لما قلنا وان كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لان ما يخاف في السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر أولى بخلاف المفارقة فان كان معها محرم لم تخرج عند أي حنيفة في العدة وقالوا تخرج وهو قول أبي حنيفة وأولاه وقوله الآخر أظهر لهما انه في غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كالأول في غير المصر وهذا لان أصل الخروج مطلق لها اجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد ومتى قلنا لها أن تخرج الى ما دون السفر بلا محرم فاذا بطل معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة اذا الغريب يؤذى ويهان فأنشبه المفارقة وله ان تأثر العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثر عدم المحرم في المنع من السفر فالعدة أولى وما دون السفر انما أبيع مع قيام العدة باعتبار انه ليس بخروج لانه بناء على الخروج الاول لان أصل الخروج مباح وهي هنا منشئة للخروج باعتبار السفر في تناوله التحريم واذا تناوله لم يسقط بالمحرم لانه لا يرتفع به حرمة الخروج بسبب العدة وفي البدائع لو كانت الجهتان مدة سفر فضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التي تصلح للاقامة أقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بلا خلاف وكذا ان وجدت عند أبي حنيفة ومثله في المحيط وفيه البدوي طلاق امرأته فأراد نقلها الى مكان آخر في الكلا والماء فان لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسها أو مالها ليس له ذلك وان تضررت فله ذلك اذا ضرورت نبيح المحظورات والله سبحانه أعلم

باب ثبوت النسب

أعقبه العدة لان مما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وثبتت مواجبه وعدمه فينصرف كل عن الآخر في الحال أي في حال معرفة عدم الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة (قوله ومن قال ان تزوجت فلانة أو امرأة فهي طالق فتزوج فجاءت بولد لسته أشهر من يوم تزوجها) لا أقل ولا أكثر (فهو ابنه وعليه المهر) يريد من وقت تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المصنف على هذه الإرادة لانه لما عال ثبوت نسبه بانها قرأه قال في اثبات كونها قرأه لانها المأجرات به لسته أشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فأفاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط في أخر عنه لا زمان وان لطف كقيل لانه لا يتخلل بينهما ما أن خال بل أول آتات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجرا من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلطف بان طالق كما

بالولد لسته أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشرط يعقب الشرط زمان وان لطف فيكون العلوق قبله) أي قبل الطلاق

باب ثبوت النسب

قال المصنف (ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق الخ) أقول وفي الوقاية من قال لها ان نكحتها فهي طالق فنكحها فولدت لصف سنة منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها اه وقال العلامة صدر الشريعة في تعليقه لانه لا يبعدان الزوج والزوجة وكلا بالنكاح فالوكيلان انكحها في ليلة معينة والزوج وطئها في تلك الليلة ووجد العلوق ولا يعلم ان النكاح مقدم على العلوق أو مؤخر فلا بد من الحمل على المقارنة على ان الزوج ان علم انه لم يكن على هذه الصفة وان لم يطأها في تلك الليلة فهو قادر على اللعان فلما لم ينسب الولد باللعان فليس علينا فيه عيب

الفراس مع تحقق الامكان اه وفيه بحث وكيف يقدر واللعان لا يتم به ثم من شرائط اللعان قيام الزوجية وهي مطلقة عقيب النكاح (قوله قرن بفعل غير معتد) أقول يعني التزوج (قوله فهو ابنه) أقول كان الظاهر فهو ولده ولعل ذكر الابن على سبيل التفاؤل

(في حالة النكاح) فان قبل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب الا ترى ان نسب ولد جاءت به امرأة الصبي لا يثبت لذلك اُجاب بقوله والنسب ثابت بان يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها بخاطها والناس يسمعون كلامهم ما فيكون الا نزل قد وفاق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون المعلق حاصل قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم اُجاب بقوله (والنسب يحتاط في اثباته) يعني وان كان نادرا لكن النسب (٣٠١) يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر هذا اذا جاءت به

في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو بخاطها فوافق الا نزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته وأما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطنا حكما فكذا المهر به

حققناه في الطلاق لانه ثبوت حكمي واذا فيكون العلق مقارنا لنكاح فيثبت النسب ونصور العلق مقارنا للنكاح ثابت بان تزوجها وهو بخاطها وطأ وسمع الناس كلامهما فوافق الا نزال النكاح والاحسن تجوز انهما وكلاهما مباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الا نزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية أثر النكاح أعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلق على الفراش نعم اذا قسر الفراش بالعقد كما عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها اذا جاءت به فان هذا لا يكون انما يثبت بعد العقد الا نزال ان العلة مع المعلق في الخارج وكلامهم ليس عليه ونقرر قاضيان ان العلق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصله قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لامعه لان زواله أثره لا يزال مقتضاه ان تكون جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة أشهر وقد عني الثبوت نسبه ان لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل لاننا نقول انما لم يثبتوه في الاقل لان العلق حينئذ من زوج آخر قبل النكاح وأما في الزيادة فلا احتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يرد على ما بعد الطلاق بما يسع وطأ بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى ان نسبهم النسب فيما اذا جاءت به لا أكثر من ستة أشهر في مدة تصور ان يكون منه وهو سنتان ولا موجب للصرف عنه يتأني الاحتياط في اثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة أشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل أكثر من ما ورع ما مضى دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فأى احتياط في اثبات النسب اذا انفجاء لاحتمال ضعيف يقتضي نفقه وتر كظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري أى الاحتمالين أهدا الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو بطؤها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وفاق الا نزال العقد أو احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره ولا يستبعد هذا الفرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكن الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بعربية والحق أن التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في الغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنى وأما لزوم المهر كما لا فلا لانه لثبوت النسب منه جعل واطنا حكما فعليه المهر وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لان الحمل قد يكون بادخال

النادر هذا اذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان وأما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان علقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لا أكثر منها لانه حين طلقت حكما بانه لعدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلو لم يتيقن بطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزويج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتمت بناه بتمام الولد في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك ما ان يكون منه أو من غيره فغلبة العلق منه احتياط الامر النسب اذ لو جعلناه من علق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس معلوم كان فيه اضعاء الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر وحالة الولد الى

أبعد الاوقات وذا لا يجوز جعله منه وأما المهر فلما ذكره في الكتاب وهو واضح وفي رواية عن أبي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر أما النصف فالطلاق قبل الدخول وأما المهر قبل الدخول

(قوله وبدون ذلك لا يثبت النسب) أقول أشار بقوله ذلك الى الوطء قوله وأما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب الى قوله ولم يتيقن بطلان هذا الحكم الخ) أقول وأنت خير بان تميز وقت الطلاق وتميزه من وقت النكاح سيما بعد شهر وليس بينهما تخل زمان مما يهمل على حدائق المؤلفين بل يتعدر فليتمدبر (قوله والطلاق الواقع من حيث الظاهر الخ) أقول فانه كان مبنيا على النكاح فاذا بطل بطل

وقوله (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية) ظاهر وقوله (ويحمل بعده فلا يصير مراحعا بالشك) قيل عليه ينبغي أن يصير مراحعا لان الوطء مراحعا لحلال فأحيل العلق الى أقرب الاوقات وهي حالة العدة فتثبت به المراجعة وأجيب بان في ذلك حل أمره على خلاف السنة لانه يصير مراحعا لها بدون الاثهاد بالفعل وأحيل العلق الى ما قبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراحعا بالشك وانما يجب أن يقول لا يصير مراحعا لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق وقوله (لان العلق بعد الطلاق) اذ الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين (٣٠٣) والظاهر انه منه والالزم الزنا وهو منتف حلالا لها على الصلاح قبل لا يلزم أنه

(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به سنتين أو أكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها) لاحتمال العلق في حالة العدة لجواز انهم اتكفوا بمدة الطهر (وان جاءت به لاقول من سنتين بات من زوجها بانقضاء العدة) وثبت نسبه لو جرد العلق في النكاح أو في العدة فلا يصير مراحعا لانه يحتمل العلق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراحعا بالشك (وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة) لان العلق بعد الطلاق والظاهر انه منه لا تنفاه الزنا منها فيصير بالوطء مراحعا

الماء الفرج دون جماع فنادرو الوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس وهو رواية أبي يوسف مهر ونصف أما النصف فلا طلاق قبل الدخول وأما المهر فلا دخول انتهى وعبارة أبي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه أبو الليث ينبغي في القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الأنا بأحقيقة استحسان وقال لا يجب الامهر واحد لانها عتاته بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأ كذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى وهذه العبارة لا تأمل لا توجب قوله يلزم مهر ونصف بل ظاهرة في نفسه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك وانما اشتبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والالم ثبت النسب لان الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة بل يحكم بأنه مقارن له أو للنكاح فأقل الامر كونه قبله أو لا مشتببه ذلك وضمير به في قوله فتأ كذلك المهر به اثبت النسب واعلم انه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول ونصوره ليس الابعاد كمن تزوجها حال وطئها المتدأ به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكره مطلقا ومنسوبا وقد منه في باب المهر من أنه لو تزوجها في حال ما يوطئها عليه مهران بالزنا السقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا أكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكلا لخالقته لصريح المذهب وأيضا الفعل واحد وقد اختلف فيه شبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتها فهي طالق ونسفي فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطء أما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد فصار الفعل كله شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح أبي اليسر قال ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغي أن لا يجب عليهم الحد ويجب مهر المثل وقالوا يجب عليهم ما قال قد كنت أفنت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب أصحابنا ومن مال اليه لم يكن مخطئا ولو جاءت بولد ورثه منصوص عن أصحابنا وان حرمت عليه بالثلاث فلم يبق نكاح ولا عدة ولكن لما كان قد اجمعت دافيه لم ينقطع النسب وقوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به سنتين أو أكثر (ولو عشرين سنة أو أكثر) ما لم تقر بانقضاء عدتها فان أقرت بانقضائها والمدة تحتمل بان تكون سنتين يوما على قول أبي حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الا إذا جاءت به لاقول من ستة أشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للثبوت

للم يكن منه كان من الزنا لجواز انهم تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا آخر لا يقال الفرض فيما اذالم تزوج لانه لا ينافي الفرض انه لم يوطأها في العدة اذ لو وطئها ثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف وأجيب بأنه نعم كذلك الا أن الحكم بابقاء نكاح الاول عند الاحتمال أسهل من الحكم بانسائه نكاح آخر فيجب القول به قال في النهاية والى هذا أشار غير الاسلام في مبسوطه وفيه نظر لانه غير دافع بل هو التزام للسؤال والصواب في الجواب أن المراد بقوله لانقضاء الزنا منها لانه وهو تضييع الولد فان الزنا يلزم تضييع الولد فيكون ذكر المسازم واردة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال لانا اذ اجمعتنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بسبق الولد ضائع فانه قال لانقضاء التضييع منها بالزنا أو بما هو في معناه

(قوله وفيه نظر لانه لا يصح الخ) أقول الظاهر ان حاصل كلام الحبيب دفع التعارض بين مقتضى القيام بالا حلة الى أقرب الاوقات وأبعدا فأورث التردد والشك فان الاشهاد في المراجعة مستحب لثلايق التناكر وليس من السنن التي يستحق تاركها حرمان الشفاعة فلا يتعين به الاحالة الى الابد فلي تأمل (قوله لانا نقول الفرض انه لم يوطأها في العدة اذ لو وطئها ثبتت الرجعة الخ) أقول الازدواج لا يكون الا بشهود فيكون أمره معلوما مشهورا بخلاف الوطء لانه يخفى ويسر فلا يعامل بالبدلية فلي تأمل (قوله وفيه نظر الى قوله بل هو التزام للسؤال) أقول لان تمام الدليل احتاج الى مقدمة أخبية

(والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين) لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلق فيثبت النسب احتياط (فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام قال (الا ان يدعيه) لانه التزمه وله وجه بان وطأها بشبهة في العدة

قال (والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه) اذا ولدت المبتوتة لأقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلق فيثبت النسب احتياط وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والازداد أكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل (فلا يكون منه لان وطأها حرام) وقوله (الا ان يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت يعني انه ان ادعاه يثبت النسب منه وان جاءت به لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان وقوله (لانه التزمه) أي التزم النسب عند دعواه (وله وجه شرعي بان وطأها بشبهة في العدة) والنسب يحاط في اثباته فيثبت

قال المصنف (لان وطأها حرام) أقول والظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب الحرام

بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا في المطلقة الباتنة والمتوفى عنها زوجها اذا ادعت بعد أربعة أشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لأقل منها ثبت نسبه منه أما ثبت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لأقل من سنتين فظاهر وأما ثبت نسبها اذا جاءت به لاكثر منه فما لاحتمال العلق في عدة الرجعي لا تنفاه الحكم برباها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها عمدة الطهر بان امتد الى ما قبل سنتين من مجيئها به أو أقل ثم وطئها خفيت وعن هذا حكينا بأننا اذا جاءت به لاكثر من سنتين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء في العدة للمطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لأقل من سنتين لا يثبت رجعتها فان العلق يحتمل انه كان في العصمة كما يحتمل انه كان في العدة وحالة الحادث الى أقرب الأوقات اذا لم يعارضه ظاهراً آخر والظاهر الوطء في العصمة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة أريح من إضافة الحادث الى الزمن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة أيضاً فيها اذ معتاد الناس في الرجعة أن راجعوا باللفظ فان قيل هنا احتمال آخر وهو كونها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر قلنا الفرض انها لم تكن أقربت بانقضاء العدة وما لم تقر بذلك وما لم يظهر تزوجها فالظاهر انها في العدة ولان فيه انشاء نكاح وابقاء الاول أسهل وأخف (قوله) والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لأقل من سنتين) لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب (وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) نسبه لتيقن العلق بعد البينونة ووطؤه بعد البينونة حرام قيل ان هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوي والاقطع والرواية التي نجي بعد هذا في الكتاب أيضاً هي قوله وأكثرمدة الحمل سنتان فان فيها ألحققت السنتان بأقل من السنتين حتى انه لم أثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات فأما قوله ان لفظ الحديث الى آخره فليس بصحيح لان حاصله انه لا يمكن الولد في البطن أكثر من سنتين وهذا لا يقتضي انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق أن يثبت نسبه الا اذا كان العلق حال قيام الفراش والوجه أن يحمل على تقرير قاضيهان المتقدم من انه يجعّل العلق في حال الطلاق لانه حينئذ قبل زوال الفراش (قوله الا ان يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ للعلق أي لم يثبت في حال من الاحوال الا في الحال التي هي دعواه لانه التزمه وله وجه وهو كونه وطئها بشبهة في العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والوجه انه لا يشترط لانه يمكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولهذا لم يذكر الاشتراط في رواية الامام الصرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل وذلك ظاهري وضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما في كتاب الحدود من ان النسب لا يثبت من الباتنة بالوطء في العدة ونص في التبيين ان المبتوتة بالثلاث اذا وطئ الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه في كتاب الحدود وأجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثاً والمطلقة على مال وبحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكليات فينبذ دفع التناقض وليس بشئ لان المراد من المذكور هناك اذ لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطأ بشبهة والمعدة عن ثلاث لا تكون أبعد من الاجنية بالكلية والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعدة فيجب الجمع مثلاً بان يقال ينبغي أن يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل لان المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطئ المطلقة ثلاثاً والباتنة بالطلاق على مال فجعل هذا

(فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فاجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه ثبت منه النسب الى سنتين لانها معدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة) وبين الاحتمال ما قيل ان الكلام في المرافعة المدخول بها وهي تحتمل الحمل ساعة فساعة فيحتمل أن تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها جاءت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر واذا كان كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء العدة ثبتت نسب ولدها (٤٠٣) الى سنتين وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد

(فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فاجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف ثبت النسب منه الى سنتين) لانها معدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبعضها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله

حكم وطء المطلقة ثلاثا اذا جاءت به مطلقا فيثبت عنده فيجب أن لا ينتقل عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحمل والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل أفاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير أن توجيه ذلك امكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواء ثم يحتمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحمل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد وهو راية بشر عن أبي يوسف فيجب أن ترد نفقته بستة أشهر وقال أبو يوسف لا تنقض الابوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمه اشد شيء لهما ان الولد من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة وأقل مدة الحمل ستة أشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت حينئذ أخذت ما لا تنقضه لانها منقضية العدة فترده وأبو يوسف بقول هي في العدة ولذا لا تزوج بغيره قبل وضعه فبكانها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين أحدهما لاقل من سنتين والاخر لاكثر من سنتين ثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف اعتبراه بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والاخر لاكثر من ستة أشهر ثبت نسبهما وينقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الابانة فيتبعه الاول لانها توافمان قيل هو الصواب وليس ولدا جاريا به نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقية لاكثر من سنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نصف بدنه أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لاقل والباقي لاكثر ذكره محمد وفي شرح التكملة تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها ان جاءت به لاقل من ستة أشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لانه ولدا لنكاح في الاول وفي الثاني يضاف الى ملك اليمين لان وطأها حلال ولا يلزمه الا بالدعوة ولا فرق بين أن تكون المطلقة بائمة أو رجعية وان طلقها اثنتين ثبت نسبه الى سنتين لان وطأها لا يحل على اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى ان معنى المسئلة طلقها ثم ملكها وان لا تصور وطؤها على اليمين واعلم ان ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبالغة مقيس بأحد أمور أن يكون هناك إمام شهادة بالولادة أو اعتراف من الزوج بالحبل أو حبل ظاهر كما سيجي عن قريب (قوله فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ) قيل هو مستدرك لان الحبل دليل انه يجامع مثلها ومنه ليس بشيء لانه ان كان باعتبار ان الحبل يكون بلا جاع فلا شك

لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت النسب اظهر بطلاق اقرارها فصارت كأنهم لم تقر بانقضائها فيثبت النسب (ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الاشهر) لانها معدة صغيرة يدين وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال (فبعضها يحكم الشرع بالانقضاء) أقرت به أو لم تقر (وهو) أي حكم الشرع (في الدلالة فوق اقرارها) لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله (فلو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة أشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي واعترض بالكبيرة المتوفي عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي مضي أربعة أشهر وعشرا لم يكن الحمل ظاهرا ثم هناك يثبت النسب الى سنتين عند العلماء الثلاثة ولا يحكم بالانقضاء بالاشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فبالا ما نحن فيه لم يكن كذلك والجواب سياتي عند قوله الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى

قال المصنف (فان كانت المبتوتة صغيرة) أقول وفي البت لاقل منهم ما ولا لالحديثه الا بدعائه جلا على وطئه في العدة لافي المطلقة ثلاثا والمختلعة اذ لا شبهة في الحمل كذا في لطائف الاشارات لابن قاضي سمانونة تأمل في هذه العبارة فانها غير ما ذكره المصنف (قوله وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا أقرت الخ) أقول فيه شيء بل الظاهر أن يقول انما قال ولم تقر لانها لو أقرت بانقضاء العدة بالاشهر ثم جاءت بولد لتسعة أشهر من وقت الطلاق لم يلزمه بالاتفاق قال المصنف (ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة) أقول بخلاف الكبيرة فان لانقضاء عدتها جهة أخرى كما يجي

(وان كانت) الصغيرة (مطلقة طلاقا رجعياف كذلك الجواب عندهما) (٣٠٥) أي عند أبي حنيفة ومحمد يعني ان

ولدت لاقل من تسعة أشهر
ثبت النسب والافلا (وعند
أبي يوسف يثبت النسب
الى سبعة وعشرين شهرا
لانه يجعل واطثا في آخر العدة
وهي ثلاثة أشهر ثم تأتي به
لاكثر مدة الحمل وهو
سنتان وان كانت الصغيرة
ادعت الحمل في العدة
فالجواب فيها وفي الكبيرة
سواء) لانها أعرف بأمر
عدتها فيحكم باقرارها
ببلوغها فيثبت نسب ولدها
لاقل من سنتين في الطلاق
البائن ولاقل من سبعة
وعشرين شهرا في الرجعي
وقوله (ويثبت نسب ولد
المتوفى عنها زوجها) ظاهر
وقوله (الا أنا نقول لانقضاء
عدتها جهة أخرى) حاصله
ان في كل من الحامل
والصغيرة أمضينا الحكم
على الاصل ولكن الاصل
في الموضوعين قد اختلف
فلذلك اختلف الحكم الذي
بنى عليه أيضا وذلك لان
الاصل في الكبيرة الاحبال
فلم يعتبر في حقها تعين جهة
العدة بالاشهر والاصل في
الصغيرة عدم الاحبال
فلذلك اعتبرنا في حقها تعين
جهة العدة بالاشهر لا يقال
الاصل في الكبيرة أيضا
عدم الاحبال لأننا نقول
ذلك في حق غير المنكوحة
فأما النكاح فلا يعقد

وان كانت مطلقة طلاقا رجعياف كذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل
واطثا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت
الحمل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها
زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين) وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت
النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهر ولتعين الجهة فصار كما اذا أقربت بالانقضاء كما بينا في
الصغيرة الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم
الحمل لانها ليست بحمل قبل البلوغ وفيه شك (واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل
من ستة أشهر يثبت نسبه) لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار (وان جاءت به لستة أشهر لم يثبت)
لاننا لم نعلم بطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده

انه لا يكون الا بالبلوغ وبعيد أن لا يتحمل البالغة الجماع وحاصل المسئلة ان الصغيرة اذا طلقت فاما
قبل الدخول أو بعده فان كان قبله فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق
وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يثبت لان الفرض أن لعدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل
الطلاق لاننا لم نعلم بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وان طلقها بعد الدخول فاما
ان أقربت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر أو لم تقر فان أقربت ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت
الاقرار ثبت نسبه وان جاءت به لستة أشهر أو أكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها وما جاءت به
لا يلزم كونه قبلها لليقين بكذبها وان لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند أبي حنيفة ومحمد ان جاءت
به لاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه والافلا وعند أبي يوسف يثبت الى سنتين
في الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا في الرجعي لاحتمال انه وطئها في آخر عدتها الثلاثة
الاشهر فعلمت سنتين وان كانت ادعت حبلا فهي كالكبيرة من حيث انها لم يقتصر انقضاء عدتها
على أقل من تسعة أشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لاكثر من سنتين
وان طال الى سن الياض لجواز امتداد طهرها ووطئها بإياها في آخر الطهر وجه قول أبي يوسف انها
يحتمل كونها حاملا لفرض انها في سن يجوز فيه بلوغها لانه فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها
فأشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فثبت نسب ما تأتي به الى سنتين واعلم
ان قياس ما قدم في الكبيرة المبتوتة من انها اذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت أن يقول الى أقل من سنتين
هنا وجه قولهما وهو الفرق أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فبعضها يحكم الشرع
بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها بالانقضاء لانه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف اقرارها
فغاية الامر أن يجعل انقضائها بمنزلة اقرارها ولو أقربت بالانقضاء بعد الاشهر الثلاثة ثم جاءت به
لاكثر من ستة أشهر أو لستة أشهر لا يثبت فسلكنا هنا فلزم أن لا يثبت حتى تأتي به لاقل من تسعة
أشهر أما اذا كانت الصغيرة ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة لان باقرارها بالحبل حكم
ببلوغها (قوله) وثبت نسب ولد المتوفى عنها ما بين وفاة زوجها وبين سنتين وقال زفر اذا جاءت به
بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه) ولستة أشهر لا يثبت فوجهه كوجهه ما في
الصغيرة وهو ان لعدتها جهة واحدة هي انقضاء أربعة أشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم
الشرع بانقضائها بها فاذا جاءت بالولد بعد لتمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما اذا
جاءت به لاقل على ما عرف ويمنع تعين الجهة الواحدة في حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة
لان الاصل فيها عدم الحمل فتستمر ما لم تعترف بالحبل (قوله) واذا اعترفت) ظاهر وتقدمت غير مرة

(٣٩ - فتح القدير ثالث) (وقوله) (وفي) أي في البلوغ (شك) والصغر كان ثابتا بيقين فلا

يزول بالشك (واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد) ظاهر

وقوله (وهذا اللفظ) إشارة إلى قوله فإذا اعترفت المعتدة (بإطلاقه) حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى (يتناول كل معتدة) يعني كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن (٣٠٦) بالاشهر أو بالحيض قبل ذكر المرغيناني وقاضيان أن الآية لو أقرت بانقضاء

وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة (وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتهما رجلا لأن أو رجلا وامراة أن الآن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال أبو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة) لأن الفرائس قائم بقيام العدة وهو ملازم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد أنه منهن فثبتت بشهادتهما كافي حال قيام النكاح

وانما لم يثبت إذا أنت به لا أكثر من ستة أشهر من وقت الاقرار وان كانت المدة تتحمل كون الحمل من الزوج لأنهن أمينات شرعا في إخبارهن عن عدتهن فإذا أخبرن لزم إلى أن يتحقق الخلاف قطعا وقوله وهذا اللفظ يتناول بإطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق ووفاة ومما يشمل أيضا الآية إذا ولدت بعد الرجعي أو البائن فهي كذوات الاقرار يثبت نسب ما تأتي به إلى أقل من سنتين في البائن وأكثر منها في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة فان أقرت بانقضاءها مفسرا بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصل لثلاثة أشهر ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا لأن مطلق اقرارها يحمل على الاقرار بالمبطل اليأس هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضيان أن الآية تعتمد بالاشهر وإذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين سواء أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر وكذا نقل عن المرغيناني (قوله وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتهما رجلا أو رجلا وامراة أن) أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة واطلاق المصنف يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضيان ونحو الاسلام بغير بيان الخلاف في الرجعي وشمس الأئمة قيد صورة المسئلة بأن يكون الطلاق بائنا فقال لو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطلقا بائنا ثم جاءت بولد بعد الطلاق استثنين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزواج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة ما لم يشهد به رجلا أو رجلا وامراة أنان ونحوه فعلى صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لا تقبل إلا على ما يؤول إليه قوله حتى إن المعتدة عن وفاة إذا كذب الوارثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج إلى آخر ما ذكره وانفقوا على قيد انكار الزوج وكذا لو وقع انكار الولادة والحبل من الوارثة فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك ويشتري لفظ الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان لأنهما موجبة حق على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله في جميع ذلك أي فيما إذا كان حبل ظاهر أولا أو اعتراف من الزوج أولا وهل يقبل شهادة رجل واحد عندهما قبل نعم ولا يفسق كالمشهد رجلا أو رجلا وامراة أنان وفي جامع قاضيان وعلى هذا الخلاف كل ما لم يطلع عليه الرجال وأجمع علماء أئمة على أنه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال أنه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفرائس وإذا تقرر أن النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه فيجوز تقييد الخلاف بالبائن كما نقله شمس الأئمة ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه والخلاف انما هو بعد الموت وبالطلاق البائن وبقولهما قال أحد وعند الشافعي يشترط أربع نسوة عدول وعند مالك وابن أبي ليلى امرأتان وجه قولهما أن الفرائس قائم بقيام العدة (وهو أي الفرائس ملازم للنسب) فيما تأتي به كقبول الطلاق (والحاجة إلى) شهادة المرأة (لتعيين الولد) فيتعين بشهادتها على الولادة كقبول الطلاق اقتصر المصنف على

عدتها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة إلا أن يؤول كل معتدة غير الآية وهذا مخالف لما نقل عن الامام نحر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ان الآية إذا أقرت بانقضاء العدة مفسرة بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصل لثلاثة أشهر ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا قال (وإذا ولدت المعتدة ولدا) إذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة ما لم يشهد بولادتهما رجلا أو رجلا وامراة أن الآن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقال لا يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لأن الفرائس وهو تعيين المرأة للزواج بحيث يثبت منه نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة (وهو أي قيام الفرائس ملازم للنسب) فلا حاجة إلى اثباته (وإنما الحاجة إلى تعيين الولد) وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كافي

حال قيام النكاح أو بظهور الحبل أو اقرار الزوج

هذا

(قوله وإذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه الخ) أقول وكذا معتدة الوفاة ثم إن انكار الوارثة كنكار الزوج

ولابي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة لانها تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي لا يصلح حجة فثبت الحاجة الى اثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان السكاح قائما والحمل ظاهرا أو الاعتراف به من الزوج صادرا (لان النسب اذا ذلك ثابت قبل الولادة) (٣٠٧) فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة

الى التعيين وذلك (ثبت بشهادتهم) قيل لا يحل نظر الرجل الى العورة فواجه اشتراط شهادة الرجال وأحيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت يتباين الشهود وعلم يعلمون ان ليس فيه غيرهما ثم خرجت مع الولد كني لجواز أداء الشهادة واذا ولدت العقدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولد اقصا صدقها أى أقربه جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين أو رجل وامرأتين منهم (فهو ابنه في قولهم جميعا) وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم (أما في حق النسب) بالنسبة الى غيرهم (فهو بنت أو ولد اذا كانوا من أهل الشهادة) كما ذكرنا وهم عدول (ثبت اقيام الحجة) ولهذا قيل يشترط لفظه الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم لا قرارهم وما ثبت تعالى اراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والخندي مع السلطان في حق الإقامة

ولابي حنيفة ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فثبت الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحمل أو صدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين ثبت بشهادتهم (فان كانت معتدة عن وفاة فصدقتها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعا) وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظه الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تعالى اراعى فيه الشرائط

هذا القدر فثبت النسب والجامع قيام الفراش (وله ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل) فصارت أجنبية والفراش المنقضي ليس بحجة ليصلح مؤيد للحجة الضعيفة أعنى شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة الى اثبات النسب ابتداء وذلك بكامل النصاب على ولادته المتصلة بقراشيتها المستلزمة لثبوت النسب لكونها في وقت يلزم منه ثبوت النسب شرعا بخلاف ما اذا كان الحمل ظاهرا قبل دعواها أو صدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لان النسب ثابت قبل الولادة لما في البطن وقيام الحمل ظاهرا أو اعترافا وكذا قيام الفراش يؤيد شهادة القابلة به وقولهما لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما اذا دخلت المرأة بمحضرتهم يتبين علمون انه ليس فيه غيرهما ثم خرجت مع الولد فيعلمون انها ولده وفيما اذا لم يتمدوا النظر بل وقع اتفاقا وهذا يندفع ما قد أورد من ان شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل والحاصل ان حقيقة حمل الخلاف ان شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفي للاثبات أولا بد أن تأيد دعوى بالوجه أن يجعل الاستدلال عليه ولهما فيه قوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه فانه يتناول الواحدة لانه جنس وأما الوجه الذي ذكره فتمامه بالغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفعه بأنه لا يلزم من جوارها مع مؤيد جوارها بدونه ويبقى عليه اطلاق الحديث والمعروف منه ما رواه ابن أبي شيبه عن الزهري عن سلام مضى السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعمومهن وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستئلال وامرأتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لانه مرسل وانما قلنا انه مرسل لأن قول الراوى مضى السنة انما يكون حكمه الرفع اذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الاعمش عن أبي وائل عن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وان كان بين ابن عبد الملك والاعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدايني فقد نظافرا وقوى ما هو حجه به ولو كانت معتدة عن وفاة قادت الولادة فصدقتها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم فيه أما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة قالوا اذا كانوا أى الورثة من أهل الشهادة بان يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين ويطالب غريم الميت بدينه وعن هذا قيل يشترط لفظه الشهادة أى في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لا يشترط هو الصحيح لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ولا يراعى التبع شرائطه اذا ثبت اصله وعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة

(قوله لان النسب اذا ذلك ثابت) أقول هذا قاصر والاولى أن يضم الى هذا قولنا أو الفراش قائم ليم صورة قيام السكاح (قوله أى أقربه جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم الخ) أقول الظاهر أن لا يقيد الورثة هنا بهذا القيد فانه اذا كان المصدق رجلا واحدا أو امرأة واحدة ثبت نسبه في حق الارث وموضع التقييد يحجى في كلام المصنف قال المصنف (فلان كانت معتدة عن وفاة فصدقتها الورثة) أقول أى أقربهم أو يشهد لذلك قول المصنف باقرارهم قال المصنف (فهو ابنه الخ) أقول الظاهر انه ولده

(قوله واذا تزوج الرجل امرأة) ظاهر (قوله واللعان انما يجب بالقذف) جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنى الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان بابا بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس متى قذف لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وانما اضيف اللعان الى القذف مجردا عنه (فان ولدت) المرأة (ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت منذ ستة أشهر) فالقول قوله لان الظاهر شاهدا فافهما تلذظا ظاهرا من نكاح لا من سفاح) واعترض بوجهين أحدهما ان المرأة تسند العلوق الى زمان سابق والزواج يشكره فيكون القول قوله والثاني أن الظاهر شاهدا له أيضا لان النكاح حادث والاصل في الحوادث أن نضاف الى أقرب الاوقات وأجيب عن الاول (٣٠٨) بانه معارض بان الزوج يدعى اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهي تشكر فيكون

القول قولها وعن الثاني بأن النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على أن ظاهر حالها يتأيد بظاهر حاله من حيث أنه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبل فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي أن لا تحرم فان قيل يجب أن تحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه وهي حبل فصار كما اذا ادعى انه تزوجه بغير شهود أجيب بالفرق بينهما من وجهين أحدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لانه ونكاح الحبل ليس كذلك لجواز أن يكون الحبل من الزنا والثاني أنه وان أقر بالحرمه الا أن الشرع كذب في ذلك حيث أثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل

(واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجه لم يثبت نسبه) لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه (وان جاءت به لسته أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكنت) لان الفراش قائم والمدة تامة (فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج بلا عن) لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضروريه وجود الولد فانه يصح بدونه (فان ولدت ثم اختلفا فقال

لا يثبت النسب الا في حق المقرين منهم والله أعلم (قوله واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجه لم يثبت نسبه) لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح وان جاءت به لاكثر منها ثبت ولا اشكال سواء اعترف به الزوج أو سكنت وكذا اذا جاءت به لتام الستة بلا زيادة لاحتمال انه تزوجهما واطاها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته وهذا من المصنف خلاف ما تقدم في المبثوثة حيث نفي نسب ما أنت به لتام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه مطلقا حال جماعها بوصاف الانزال الطلاق وأجيب عن المصنف بأن ثبوت النسب هنا لانه لا يثبت الحمل أمرها على الصلاح اذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج فتزوجت وهي في العدة وأما عدم الثبوت هنا للشك فلا يستلزم نسبة فساد اليها لجواز كون عدم النقض وتزوجت بزواج آخر فعملت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلا لان معنى السؤال وجد مقتضى وهو الامكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما ثبت هنا وأنت علمت أن الوجه ان ثبوت النسب فيه لوجود مقتضى وهو الامكان مع الاحتياط (قوله فان جحد الولادة) يعني فيما اذا جاءت به لسته أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا أما عندهما فظاهر وعنده لتأديها بقيام الفراش حتى لو نفاه بعد شهادته الاعن ولا يكون هذا اللعان لزما بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا وأيضاً يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت بها النسب وأثبت بها اللعان بل اللعان انما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد من حيث هو نفية فانه ليس من ضروريه زومه وجود الولد أصلا فضلا عن نفيه بعد وجوده لتحققه بدونه وان اتفق هنا وقوعه في ضمن النفي (قوله وان ولدت ثم اختلفا فقال

تزوجتك

قال المصنف (واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجهما) أقول لفظ يوم مستغنى عنه قال المصنف (واللعان انما يجب بالقذف) أقول القذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد من حيث هو نفية قال المصنف (فانه يصح بدونه) أقول وان اتفق هنا وقوعه في ضمنه قال المصنف (لان الظاهر بشهادتها) أقول وانما لم يقل لانها تدعى صحة النكاح لانها اذا كانت حبل من الزنا يصح النكاح في الصحيح (قوله واعترض بوجهين أحدهما ان المرأة الخ) أقول هذا الاعتراض معارضة والثاني معارضة أيضا ثم قوله ان المرأة تسند العلوق يعني تسند العلوق من الزوج (قوله وأجيب عن الاول بأنه معارض الخ) أقول يعني فبقى دليلنا سائما عن المعارض (قوله ترجح المثبت) أقول أي مثبت النسب (قوله فان نكاح الحبل فاسد) أقول ان كان من النكاح فبالاجماع وان كان من الزنا فعند بعض أئمتنا كما سبق لكنه صحيح في الصحيح في التأييد ما لا يخفى (قوله فان قيل ويجب الخ) أقول معارضة وكان الاولى أن يأتي بدليل عدم التحريم أولا

وقوله (ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف) يعني الاختلاف المذكور في الأشياء الستة وقوله (وإذا قال لامرأته إذا ولدت فأتت طالق) ظاهر وقوله (فما يثبتني عليها وهو الطلاق) يعني أن الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة في إثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنتها لكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا (ولابي حنفية أن دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها حائنه في عينه والحنف ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا أن دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباتها بشهادتها ضمنا لان شهادتهم ضرورية في حق الولادة لعدم حصول الرجال عندها فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقائل أن يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله (وان كان الزوج قد أقر بالحبل) يعني إذا أقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة (٣٠٩) فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج

فإن الطلاق يقع عند أبي حنفية خلافا لهما وعلى هذا الاختلاف إذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما ثم إذا ادعت الحنف فلا بد لهما من حجة وشهادتهما حجة على ما بينا في المسئلة الأولى (وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يقضي إليه الحبل وهو الولادة) ولأن إقراره بحبلها إقرار بكونها مؤمنة والقول قول المؤمن في دعوى ردة الأمانة وهذا يرشدك إلى أن وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عنده إذا كان وجود الشرط بدليل يمكن أن يكون دليلا على الجزاء عند انفراده عن الشرط والإقرار كذلك بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الأولى فتلخص منه جواب الاعتراض هناك

الزوج تزوجتك منذ أربعة وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو أنه (لأن الظاهر شاهد لها) فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف (وان قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنفية وقال أبو يوسف ومحمد تطلق) لأن شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يثبتني عليها وهو الطلاق ولابي حنفية أنها ادعت الحنف فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لأن شهادتهم ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها (وان كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنفية وعندهما تشترط شهادة القابلة) لانه لا بد من حجة لدعواها الحنف وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يقضي إليه وهو الولادة ولأنه أقر بكونها مؤمنة فيقبل قولها في رد الأمانة

تزوجتك لاربعة أشهر وقالت لستة أشهر فالقول لها لأن الظاهر شاهد لها وهو أنه ولد من نكاح لا من سفاح ولأن من زوج تزوجت بهذا الزوج في عده وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح هنا إلى أقرب الأوقات لانه إذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المذهب له لوجوب الاحتياط فيه حتى أنه يثبت بالابعاء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع أن ظاهرها متأكد بظاهرها وهو عدم مباشرة النكاح الفاسدان كان الولد من زوج أو حبل من زنا وان صح على الخلاف فيه ثم لا تحرم عليه بهذا النفي لانه لا يلزم منه تزوجها حاملا بآثار النسب ليكون إقرارا بالفساد كما إذا تزوجها بلا شهود لجوازه وهي حامل من زنا فانه صحيح على الصحيح ولأن الشرع كذبه حيث أثبت النسب والشرع إذا كذب الإقرار يبطل (قوله ولم يذكر) أي لم يذكر الاستحلاف أي استخلافها وهو على الخلاف المعروف في الأشياء الستة فعندها ما تستخلف وعندها لا تستخلف لأن الخلاف واقع في النكاح والنسب (قوله ومن قال لامرأته إذا ولدت فأتت طالق فشهدت امرأة على الولادة) والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا أقر هو به (لم تطلق عند أبي حنفية) ولكن يثبت النسب وقالوا تطلق أيضا لأن شهادتها حجة في ذلك أي في ثبوت ولادتها للعديد السابق وإذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيما يثبتني عليها وهو الطلاق المعلق به وهذا التقرير يبين أن قوله ولأنها لما قبلت في الولادة إلى آخره ليس وحدها آخر بل هو تمام الوجه الأول وصارت كثبوت الأمومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما إذا قال ان كان بأمتي هذه حل فهو مني فولدت بعد هذا القول لاقل من ستة أشهر فانكر ولادتها فشهدت بها امرأة وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما إذا جاءت زوجة بولد فقال ليس

(قوله وانما دعواها حائنه الخ) أقول هما يقولان أيضا انما تدعى الحنف والشاهد يثبت كما يعلم من تعليلهما المسئلة الثانية فيثبتني أن يقرر كلام الامام بغير ما قرره الشارح ولا يحمل كلامه على تعليلين (قوله والحنف ليس من ضرورات الولادة) أقول مطلقا وفي هذا الميم والأول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع (قوله فلا تظهر في حق الطلاق) أقول بل تظهر في حق الضميمة المختصة (قوله ولقائل أن يقول كلامنا في قوله والشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه) أقول للشرع ولاية قد يثبت أمرا في حق بعض الأشياء ولا يثبتها في حق بعضها وله نظائر لا تحصى (قوله فتلخص منه جواب الاعتراض هناك) أقول أشار إلى ما تقدم من ثمانية أسطر تخميناً وهو قوله ولقائل أن يقول كلامنا في الطلاق المعلق

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبق في البطن أكثر من سنتين ولو بطل مغزل

منى ولا أدري أولد فيه أم لا فتشهدت بالولادة امرأة فأنه يجب اللعان إلا أن يكون الزوج عبدا أو حرا محدودا فيحد للقذف ولا يحنيفة أنهم ادعت الحنف وزوال ملكة الثابت فلا بد من حجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك إلا في موضع الضرورة وهو الولادة ولازمه المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومة الولد ولأنه حكمه اللازم شرعا أما اللعان فأنما يثبت بالقذف وإن اتفق أنه وقع في ضمن نفى الولد كما تقدم وأما وقوع الطلاق والعناق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عنده هذه الشهادة كمن اشترى لحما فآخبره مسلم أنه ذبيحة مجوسى قبل في الحرم ولا يثبت نجس الذابح وكفوله إذا حضت فأنت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان معتزمان ويمكن جعل هذا اشكالا على أبي حنيفة فإن طلاقها هي زوال ملكة وهو ليس لازما شرعا لحضها بل لازمه الشرعى حرمة قر بأنها فقد ثبت بقواها لازمه الشرعى ولازمه الجعلي المنفك وهو حنثه وسياق الفرق ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبي حنيفة وعندهما يشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من الحجة لدعواها الحنف وشهادتها حجة فيه (وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يقضى إليه وهو الولادة) للعلم بأن الحبل يلد بعده ولأنه أقر بأنها مؤمنة في إخبارها بالولادة حيث أقر بأنها حامل فيقبل قواها في رد الامانة كما إذا علق بحضها فقالت حضت فاذن ظهر الفرق الدافع للاشكال المذكور وهو أن التعليق إن كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما يحضها وبولادتها بعد الإقرار بحبلها أو بظهور رجلبها كان التزاما لتصديقها عند إخبارها به واعترافا بأنها مؤمنة فيه وإن لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبلها سابقا ولا ظهور رجلبها حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند انكاره إلى الحجة (قوله وأكثر مدة الحمل سنتان) وعند السافعي ومالك أربع سنين وعن الليث ثلاث سنين وعن الزهري سبع سنين واستدل المصنف رحمه الله بقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبق في البطن أمه أكثر من سنتين ولو بطل مغزل أخرج الدارقطني والبيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك حدثنا أودبن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قد رما ينجول طفل عمودا مغزل وفي لفظ قالت لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث وأخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس أني حديث عن عائشة أنها قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر نزل مغزل فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة كل بطن في أربع سنين ولا يخفى أن قول عائشة رضي الله عنها لا يعرف إلا سماعا وهو مقدم على المحكي عن امرأة ابن عجلان لأنه بعد صحة نسبته إلى الشارع لا يتطرق إليه الخطأ بخلاف الحكاية فأنما بعد صحة نسبته إلى مالك والمرأة يحتمل خطأها فإن غاية الأمر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس بقاطع في أن الأربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجوازها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ووجود الحركة مثلا في البطن لو وجد ليس قاطعا في الحمل لجواز كونه غير الولد ولقد أخبرنا عن امرأة أمنا وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وادراك الطلق حين جلست القابلة تحتمل أخذت في الطلق فكلمها طلقت اعتصرت ما هكذا شيا فشيئا إلى أن انضمر بطنها وقامت عن قابلهما عن غير ولادة وبالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات وما روى أن عمر رضي الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها ستين ثم قدم فوجد حاملا فاتهم برجها فقال لهم ماذان كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركتها حتى ولدت ولما قد نبت نتيته يشبهه أباه فلما رآه الرجل قال ولدي ورب الكعبة فأنما هو بقيام الفراس ودعوى الرجل لنسبه

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبق في البطن أكثر من سنتين ولو بطل مغزل أي بقدر نزل مغزل حال الدوران والغرض تقليل المدة فإن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال ورواية المبسوط والإيضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بطلت مغزل أي ولو بدور فملك مغزل والمعنى هو ما في الرواية الأخرى والظاهر أن عائشة قالت سمعنا أن العقل لا يمتد إلى معرفة المقادير وإنما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه

(وأقله ستة أشهر بقوله تعالى وحله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فيبقى للحمل ستة أشهر) وهذا تأويل أخرجه ابن عباس ذكره في المبسوط فقال روى ابن رجل أن تزوج امرأته فولدت ولدا لسته أشهر فهم عثمان برجها فقال ابن عباس ما أنتم إلا وخصمتم بكتاب الله لخصمكم قال الله تعالى وحله وفصاله ثلاثون شهرا وقال تعالى وفصاله في عامين فإذا ذهب الفصل عامان لم يبق للحمل الا ستة أشهر فذكر عثمان الحد عنها وأثبت النسب من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقرير الذي ذكره في تأويل الآية مخالف لما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هناك ثلاثين شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصل ثم أظهر المنقص في حق الحمل وهما جعلها مدتهما جميعا ثم أصاب منهما للفصل عامان بقوله تعالى وفصاله في عامين ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة أشهر وأجيب بأن استدلاله هناك إنما كان بالنظر الى الآية الاولى وهما بالنظر اليها والى الاخرى (٣١١) وجاز ان تكون الآية تنظر الى ذاتها

(وأقله ستة أشهر) لقوله تعالى وجهه وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقى للحمل ستة أشهر والشافعي يقدره أكثر بربع سنين والحجة عليه ما روينا والظاهر أنها قالت سمعنا إذا العقل لا يهتدي إليه (ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه والالم يلزمه) لأنه في الوجه الأول ولد المعتدة فان العلق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته فلا بد من دعوة. وهذا إذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعاً أو رجعيًا

(ولدت المعتدة فان العلوق سابق على الشراء) لانها ولدت لاقول من ستة أشهر من وقت الشراء ونسب ولد المعتدة ثبتت بلا دعوة لقيام الفراش حكما (وفي الوجه الثاني) يعني ما اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء (ولدا المملوك لانه يضاف الحادث الى أقرب الاوقات) وأقر بها وقت كونها مملوكه فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف (هذا اذا كان الطلاق واحدا ثانيا أو خلعاً أو رجعا

أما إذا كان اثنتين ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لانهما حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلق إلى ما قبله لانها لا تحل بالشراء
 لان الامه محرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له ملك اليمين واذا لم تحل لا يقضى بالعلق من أقرب الاوقات بل من أبعداها حلالا لمور
 المسلمين على الصلاح وأبعد الا زمان (٣١٢) هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق

واما اذا كان الطلاق واحدا
 فيحل له وطؤها بملك اليمين
 فيضاف الولد إلى أقرب
 الاوقات فينشذ كان ولد
 الامه فلا يثبت نسبه بغير
 دعوة فان قيل وجب ان
 تنكشف الحرمة بملك اليمين
 وان كانت الحرمة غليظة
 تمسك بقوله تعالى والذين
 هم لفر وجهم حافظون
 الاعلى أزواجهم أو
 ما ملكت أيمانهم أجب
 بأنه وجب ان لا تنكشف
 تمسك بقوله تعالى فان
 طلقها فلا تحل له من بعد
 حتى تنكح زوجا غيره
 والطلقة الثانية في الامه
 بمنزلة الطلقة الثالثة في
 الحرائر والهرم أقوى

قال المصنف (أما إذا
 كان اثنتين ثبت
 النسب إلى سنتين من وقت
 الطلاق) أقول قال
 الاتقاني فيه إيهام لانه
 ربما يظن ظان ان الطلاق
 اذا كان واحدا باثنا
 لا يثبت النسب فيه إلى
 سنتين وليس كذلك لان
 النسب في البائن يثبت إلى
 سنتين من وقت الطلاق
 وان لم يتدعاه ولا يخفى
 عليك ان المراد هو ان

أما إذا كان اثنتين ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لانهما حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف
 العلق إلى ما قبله لانها لا تحل بالشراء
 سابقا على الشراء وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاءت به لستة أشهر
 فصاعدا وولد المملوك فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا كان واحدة حل له وطؤها بعد الشراء
 اذا لا يظهر عدتها في حقها لانها معتدة والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضى بالعلق من أقرب الاوقات
 لان قيمه زاد عليه شك وأقرب الاوقات ستة أشهر واعتبارها في الاول يوجب ان ولد المعتدة وفي الوجه
 الثاني يوجب انه ولد المملوك فلا يثبت الا بدعوة بخلاف ما لو كان الطلاق اثنتين حيث يثبت النسب إلى
 سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الشراء لان به تحريم الامه حرمة
 غليظة فلا يحلها الشراء لان حل المحرمة حرمة غليظة مغيبة بنكاح زوج آخر على ما عرف فتعذر القضاء
 بالعلق من أقرب الاوقات لانه قضاء علم ما بالوطء الحرام فقتضينا بالعلق من أبعد الاوقات وهو ما قبل
 الطلاق حلالا لمورهما على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة ثم اذا
 كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به لستة أشهر من وقت الشراء وان كانت
 لاقل من ستة أشهر من الشراء وان كانت باثنا ثبت إلى أقل من سنتين بعد كونه لاقل من ستة
 أشهر من الشراء واعلم ان ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق يعني لو اشتراها من
 غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم أعققها فولدت لاكثر
 من ستة أشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب إلا ان يدعيه الزوج لان النكاح بطل بالشراء وصارت بحال
 لا يثبت نسب ولدها منه ولو ولدت لاكثر من ستة أشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعق ما زادها لا بعدا
 منه وعند محمد يثبت النسب إلى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح ووجب العدة
 لكنها لا تظهر في حقه لذلك وبالعق ظهرت وحكم معتدة عن بائن لم تقر باقضاء عدتها ذلك ولو جاءت
 به لاقل من ستة أشهر لزمه العلم بنبوته قبل الشراء وان كان لاكثر من سنتين من العقد وكذلك لو بعثتها
 ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة أشهر مذبا عنها فعند أبي يوسف لا يثبت النسب وان ادعاه
 الا بتصديق المشتري لما مر ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بالتصديق كما قال في العتق الا انه هنا
 لا يثبت بلا دعوة لان العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا ولو أسلمت كناية تحت مسلم ثم جاءت بولدا لاكثر من
 ستة أشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فنفاه لاعتن وقطع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل
 الاسلام وباعتباره لان العتق لا يكتفي بالعلق حادث والاصل في الحوادث ما قلنا وكذا حرمت أمة أعققها
 مولاهما فجاءت بولدا لاكثر من ستة أشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق فنفاه الزوج لاعتن وان احتمل
 العلق قبل الاعتاق فان قيل ما ذكرتم ينقض مسائل احداها ما لو قال لامرأته احدا كاطالق
 ثلاثا ولم يبين حتى ولدت احداها لاكثر من ستة أشهر من وقت الإيجاب ولاقل من سنتين منه فالإيجاب
 على إيهامه ولا تمنع خبرتها بالطلاق ذكره في الزيادات وثانيتها ما لو قال لها اذا حبست فأنت طالق فولدت
 لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق فكذلك لو كان هذا في تعليق العتاق بالحمل وثالثتها
 المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مرجعا ولو كانت الحوادث
 تضاف إلى أقرب الاوقات ثبتت هذه الاحكام أعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما

المعتبر في الطلاق البائن وقت الشراء فانه اذا مضى من وقته أقل من ستة أشهر فجاءت بولدي يحكم له وان
 جاءت لتماها لا يحكم وان مضى من وقت الطلاق سبعة أشهر وأما اذا كان الطلاق اثنتين فالمعتبر مضى المدة من وقت الطلاق لا من
 وقت الشراء فليتامل فان ذلك يفهم من كلام المصنف

(ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأته على الولادة فهي أم ولده) لان سبب ثبوت النسب وهي الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني وإنما الحاجة الى تعيين الولد هو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة أشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيها هذا الولد بخلاف الاول فانما يتقاضى بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى وقوله (ومن قال للغلام هو ابني) واضح واعتبر بأنه ينبغي ان لا يكون لها

الميراث في الاستحسان أيضا لان هذا النكاح يثبت له اقتضاء نفقة بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث وأجيب بأن النكاح على ما هو الاصل ليس بمنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو

من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل لثلاير دنكاح الكتابية والامة لانه من العوارض ووردنا لان سلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان مقتضى انما يثبت التصحيح مقتضى الاحالة والمقتضى ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت مقتضى وهو النكاح بأن يكون عن وطء بشبهة أو يكون الولد ولداً أم الولد فلم يقتض ثبوت النسب الى النكاح لاحالة وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان فانه قال فيه المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلم يمكن ان تكون أم ولد وقال والنكاح الصحيح هو المنع لذلك وضعا وعادة وحينئذ لا يكون عن وطء بشبهة وهو ظاهر

(ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأته فهي أم ولده) لان الحاجة الى تعيين الولد وينت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع (ومن قال للغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثه) وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس أن لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وملك الميراث فلم يكن قوله لإقرار بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وتكون أم الغلام والنكاح الصحيح هو المنع لذلك وضعا وعادة (ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها) لان ظهور الحرية باعتبار الدرجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث والله أعلم

باب الولد من أحق به

(واذا وقعت الفرقة بين الزوجين

تضاف الى أقرب الاوقات اذ لم تتضمن ابطال ما كان ثابتا بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى أما اذا تضمنت فلا فتى عقلت على ما قلنا ثم استقرت المسائل وجدت الامر عليه ففي ثبوت الطلاق في صورتين الاولين ابطال ما كان ثابتا بيقينين بلايين وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استكراه الرجعة بغير القول (قوله فهي أم ولده) بالاجماع لان سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد وشهادة القابلة حجة في ذلك بالاجماع أي بانفاق أصحابنا هذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولو ولدت لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيها هذا الولد بخلاف الاول لتيقنا بقيامه في البطن وقت القول فتقضى بالدعوى (قوله يرثه الخ) فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضى فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير منوع الى ما هو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو ملزم لاستحقاقه واذا ثبت الشيء ثبت بلازمه الشرعي وان لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية (قوله وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بجمرية الاصل وانها أم الولد) واذا ثبت كونها حرة هي أم ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهمما احتمالا لان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي وكذا احتمال كونه طلقا في ههنا وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله (قوله فلا ميراث لها) قال التمراشي ولكن لها مهر المثل لانهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم (قوله لا في استحقاق الارث) فلا يقضى به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة الى غيره حتى لا يرث مفقود من أحد

باب الولد من أحق به

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقب احوال المعتمدة ذكر من يكون عنده الولد (قوله واذا وقعت الفرقة الخ) هو على المطلق في غير ما اذا وقعت بردها لحقت أو لا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان ثابت فهي أحق

باب الولد من أحق به

(٤٠ - فتح القدير ثالث)

مناسبة هذا الباب لثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج الى بيان (واذا وقعت الفرقة بين الزوجين

(قوله ورد باننا لنسلم الخ) أقول صاحب الرد هو الاتقاني

باب الولد من أحق به

ابن شعيب عن أبيه عن جده
 ان امرأته جاءت الى رسول
 الله صلى الله عليه فقالت ان
 ابني هذا كان بطني له وعاء
 وحجري له حواء وتدي له سقاء
 وزعم أبووه أنه ينزع مني
 فقال رسول الله صلى الله عليه
 وسلم أنت أحق به ما لم تزوجي
 ولان الام أشفق (عليه لزيادة
 اتصاله به من حيث يقص
 منها بالمقص (وأقدر على
 الحضنة) بلزومها البيت
 فكان في التفويض اليها
 زيادة مرجحة لمن هو مظنها
 (والله أشار أبو بكر
 الصديق رضي الله عنه روى
 ان عمر خاصم أم عاصم بين
 يدي أبي بكر لينزع العاصم
 منها فقال له أبو بكر ربقها
 خير له من شهد وعسل
 عندك يا عمر قاله والعجابه
 حاضرون متوافرون ولم
 ينكر أحد (والنفقة على
 الاب) على ما سيجي (قوله
 ولا تجبر الام عليه) أي
 على أخذ الولد إذا أبت أولم
 تطلب لما ذكره لان
 لا يكون للولد ذور محرم
 سوى الام فتجبر على حضنته
 لثلاثين فوات حق الولد اذا
 الاجنبية لاشفقة لها عليه
 (قوله الا أن لا يكون للولد
 ذور محرم سوى الام
 فتجبر على حضنته لثلاثين
 فوات حق الولد اذا الاجنبية
 لاشفقة لها عليه) أقول

فلام أحق بالولد الماروي ان امرأته قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وتدي له سقاء وزعم أبووه أنه ينزع مني فقال عليه السلام أنت أحق به ما لم تزوجي ولان الام أشفق وأقدر على الحضنة فكان الدفع اليها أنظر والله أشار الصديق بقوله ربقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والعجابه حاضرون متوافرون (والنفقة على الاب) على ما ذكر (ولا تجبر الام عليه) لانها عست تجزع عن الحضنة

به وما اذا لم تكن أهلا للحضنة بان كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبه ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوجة بغير محرم وما اذا كان الاب معسرا وأبت الام أن تربي الابن وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فان العمة أولى هو الصحيح (قوله فلام أحق بالولد) بالاجماع وان كانت كتيبة أو مجوسية لان الشفقة لا تختلف باختلاف الدين (قوله الماروي ان امرأته) في سنن أبي داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأته قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وتدي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينزع مني فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تسكني رواه الحاكم وصححه وعمر وهذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا أراد يجده محمدا كان مرسلا واذا أراد به عبد الله كان متصلا فالتمس ينص عليه بصير محمدا للارسل والاتصال وهنا نص على جده عبد الله وحجرا لانسان بالفتح والكسر والحوا بالکسر بيت من الور والجوع الاحوية (قوله ولان الام أشفق عليه) لبدء الحكمة خصوص هذا الشرع وانما كانت أشفق عليه لانه كان جزأها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض وأقدر على الحضنة لتبطلها بمصالحه والرجل أقدر على الاكتساب فلذا جعلت نفقته عليه اذا لم يكن هو له مال وجعل عندها وقوله والله أشار الصديق الخ يشير الى ما في موطا مالك حدثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الانصار فولدت له عاصما ثم فارقه عمر رضي الله عنه فركب يوما الى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضه فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فتنازعت اياه فأقبل حتى أتيا أبا بكر فقال عمر هذا ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر خل بينه وبيننا فاراجعه عمر الكلام وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي وزاد ثم قال أبو بكر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تولد له ولادة عن ولدها وفي مصنف ابن أبي شيبة حدثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن عمر عن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبي الاظف فتروجت فجاء عمر فأخذ ابنه فأدركته شمس أم ابنة عاصم الانصارية وهي أم جميلة فأخذته فترافعا الى أبي بكر فقال خل بيننا وبين ابنتها فأخذته ولان ابني شيبة أيضا عن عمر انه طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذ منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى أبي بكر فقال له سمعها وجرها ويريحها خير له منك حتى يشب الصبي فاختار لنفسه (قوله والنفقة على الاب على ما ذكر) أي في باب النفقة وهذا ان كان حيا فان كان ميتا فعلى ذى الرحم الوارث على قدر الموارث (قوله ولا تجبر) يعني اذا طلعت الام فهي أحق به وان أبت لا تجبر على الحضنة وهو قول الشافعي وأحمد والثوري ورواه عن مالك وفي رواية أخرى وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور والحسن بن صالح تجبر واختاره أبو الليث والهندواني من مشايخنا لان ذلك حق الولد قال تعالى والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين والمراد الامر وهو الوجوب والمشهور عن مالك لا تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالارضاع وتجب التي هي ممن ترضع فان لم يوجد غيرها أولم أخذ الولد ذي غيرها أجبرت بالاخلاف ويجبر الاب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانتة عليه بالاخلاف ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى واذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية لا تنسب أو محمولة على

المار فأبى الأب أولى من
 لآخوات لانها من الامهات
 وهذه الولاية بالامومة
 (ولهذا) أى وليكون الجدة
 من الامهات (تحرز ميراث
 الامهات السدس ولا نها
 أوفر شفقة للولاد) أى
 لاجل الولاد (فان لم تكن له
 جدة فالآخوات أولى من
 العمات والخاللات لانهن
 بنات الابوين ولهذا قدم
 في الميراث) وهذه رواية كتاب
 النكاح اعتبارا بقرب القرابة
 والاخت أقرب لانها ولة
 الأب والخالدة ولد الجدة وقال
 في كتاب الطلاق والخالدة
 أولى من الاخت لأب اعتبارا
 بالمسدى به فان الخالدة تدلى
 بالأم وقد تأيد ذلك بقوله
 صلى الله عليه وسلم الخالدة
 والدة وقد قيل في تفسير
 قوله تعالى ورفع أبوه
 على العرش انها كانت
 خالته وقوله (وتقدم
 الاخت لأب وأم) ظاهر
 ومعناه ان ذات قرابتين
 ترجع على ذات قرابة واحدة
 لما فيها من زيادة الشفقة
 قال في النهاية ويجوز
 الترجيح بما لا يكون عللة
 للاستحقاق ألا ترى ان
 الاخ لأب وأم مقدم في
 عصوبة على الاخ لأب بسبب

حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولأنها عسى أن تعجز عنه . لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد لو اختلفت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لأن هذا حق الولدان يكون عندهم ما كان اليها محتاجا هذا لفظه فأدأن قول الفقهاء جواب الرواية وأما قوله تعالى فسترضع له أخرى فليس الكلام في الارضاع بل في الحضنة قال في الحضنة ثم الام وإن كانت أحن بالحضنة فإنه لا يجب عليه الرضاعه لأن ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الآن لا يوجد من ترضعه فتجبر (قوله فان لم تكن) أي لم تكن له أم تستحق الحضنة بان كانت غير أهل للحضنة أو متزوجة بغير محرم أو ماتت فأم الأم أولى من كل أحد وإن علت . وعن أحمد أم الأب أولى وإن استضعف بان أم الأم تدلى بالأم وهي المقدمة على الأب فمن يدلى بها ولاداً أحن من يدلى به . فان لم تكن للأم أم فأم الأب أولى من سواها وإن علت . وعند زفر الاخت الشقيقة أو الخالة أولى منها . وعن مالك الخالة أولى من الجدة لأب لمافي الصحيحين إن علياً وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة . فقال علي أنا أحن بها هي ابنة عمي وقال زيد بنت أخي وقال جعفر بنت عمي وخالتا تحتي ف قضى بها النبي صلى الله عليه وسلم ظالماتها وقال الخالة بمنزلة الأم وقال لملي أنت مني وأنا منك . وقال لجعفر أشبهت خلقي وخلقي وقال زيد أنت أخونا ومولانا ورواه أبو داود وقال فيه إنما الخالة أم . ورواهما صحيح بن راهويه وقال بعد قوله وأما أنت يا زيد فأخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة فلنا هذا كله تشبيه فيجتمل كونه في ثبوت الحضنة أو غيره إلا أن السياق أفاد ارادة الاول فيبقى أعم من كونه في ثبوت أصل الحضنة أو كونه أحن به من كل من سواها ولادالة على الثاني والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بانها أحن من أحد بخصوصه أصلاً عن له حق في الحضنة فيبقى المعنى الذي عنيناه بالامعارض وهو أن الجدة أم ولهذا منح زمريراث الأم من السادس وغلبة الشفقة تنبع الولاد ظاهراً فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم تكن جدة سفلى ولا علياً فالاخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الابوين وأولئك بنات الاجداد والجدات والشقيقة أولى من غيرها والتي لام أولى من الاخت لأب وبعد الاخت لأب الخالة . وفي رواية كتاب الطلاق الخالة أولى من الاخت لأب لأنها تدلى بالأم وتلك بالأب وفي رواية كتاب النكاح الاخت لأب أولى من الخالة اعتباراً بالقرب القرابة وتقديم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحادهم بتهماقر بافعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الاخت لأب إلى بنت الاخت الشقيقة ثم إلى بنت الاخت لأم ثم إلى بنت الاخت لأب ثم إلى الخالة الشقيقة ثم إلى الخالة لأم ثم لأب ثم العمات

(قوله فان لم تكن له أم الا تم بالتفسير المأر) أقول يعنى المأر بأسطر وهو قوله فان لم تكن له أم بان ماتت أو تزوجت بأجنبي الخ

قال (وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها) كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها اذا تزوجت لماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر للصغير وقد فأت عند التزوج لان زوج الام يعطيه نورا أى قليلا ويظهر إليه شرا أى نظر البعض فلا نظره (٣١٦) اذناك (الاجدة اذا كان زوجها الجدة لانه قائم مقام أبيه فيمنظره وكذا كل زوج

هو ذو رحم محرم من الولد) كالم اذا تزوج بأب الولد (لقيام الشفقة نظر الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصيا) لان الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضع (في باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وأم فأصلحهم ديناً وورعاً أحق به لان ضممه إليه أنفع لانه يتخلق بأخلاقه فان تساوا فأكبرهم سناً أحق به لان حقه أسبق شئونا فعند التعارض يرجح به كذا في المبسوط غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كولي العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالحال بل تدفع إلى الخال تحوزا عن الفتنة كذا روى عن محمد وذكر الترمذي فان لم يكن واحداً من العصبة تدفع إلى الاخ لام عند أبي حنيفة ثم إلى ذوى الارحام الاقرب فالأقرب وقال محمد لاحق لذكر من قبل النساء

(ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها) لماروينا ولان زوج الام اذا كان أجنبياً يعطيه نورا ويظهر إليه شرا فلا نظر قال (الاجدة اذا كان زوجها الجدة) لانه قائم مقام أبيه فيمنظره (وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه) لقيام الشفقة نظر الى القرابة القريبة (ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية) لان المانع قد زال (فان لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصيا) لان الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كولي العتاقة وابن العم تحوزا عن الفتنة (والام والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فإيا كل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه أنه اذا استغنى محتاج إلى التأديب والتخلق بأداب الرجال وأخلاقهم والاب أفدر على التأديب والتشفيق

على هذا الترتيب ثم إلى حالة الام لاب وأم ثم لام ثم لاب ثم إلى عماتها على هذا الترتيب وخالة الام أولى من خالة الاب عندنا ثم حالات الاب وعماته على هذا الترتيب وقد تبين أن أولاد الاخوات لاب وأم أحق من الاخوات والعمات وان الاخ لا م أحق من ولداً الاخ الشقيقة وبنات الاخ أولى من بنات الاخ لان بنت الاخ تدلى إلى من له حق الحضانة وأما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبعد زل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالحرمية (قوله لماروينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم لمالم تزوجي والنزول القليل والشرا نظر البعض ولوادى الاب أن الام تزوجت وأنكرت فالقول لها ولو أقربت بالتزوج الأثم ادعت الطلاق وعودتها فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عنته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يترب به الزوج (قوله فاختصم) المقصود أنه اذا لم يكن للصغير امرأة من أهله أو وجب الانتزاع من النساء أخذ الرجال وأولاهم أقربهم تعصيا لان الولاية عليه بالقرب ولذلك اذا استغنى عن الحضانة كان الأولى بحفظه أقربهم تعصيا وقد عرف في موضعه أى في الفرائض وأولى العصبات الاب ثم الجدة أو الاب وان عداً ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب وكذا كل من سفل من أولادهم ثم العم شقيق الاب ثم لاب فاما أولاد الاعمام فانه يدفع اليهم الغلام فيبدأ بابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ولا تدفع الصغيرة اليهم لانهم غير محارم وانما يدفع اليهم الغلام واذا لم يكن للصغيرة عصبة تدفع إلى الاخ لام ثم إلى ولد ثم إلى العم لام ثم إلى الخال لاب وأم ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء الولاية عند أبي حنيفة رحمه الله في النكاح ويدفع الذي كراهي مولى العتاقة لانه آخر العصبات ولا تدفع إلا إلى اليه ولو كان في المحارم من الاخوة والاعمام لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الامساك الكل من الكافي واذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كاخوة واعمام فأصلحهم أولى فان تساوا فأسنهم وفي الفتاوى الصغرى فان لم يكن عصبة فالى ذوى الارحام على الترتيب (قوله حتى يأكل الخ) الذي في الأصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده فضمه المصنف إلى ما تقدم وفي نوادر ابن رشد ويؤضاً وحده وذكر شمس الأئمة أنه لا بد من أن يستنجي وحده أنه لا بد منه ليحصل الاستغناء ثم من المشايخ من قال المراد من الاستنجاء

تمام

والتدبير للقاضي يدفع إلى ثقة فحضره وقوله (والام والجدة أحق بالغلام) واضح وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر المعنى واحد وهو ظاهر

(قوله وان لم يكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال) أقول يعني فاختصم فيه الرجال

وقوله (اعتبار الغالب) يعني ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغنى عن الحضانة والتربية فينبذ يستجى وحده وقوله (تحتاج الى معرفة آداب النساء) كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها (والمرأة على ذلك أقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين) بالتزويج وولاية التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنه (والاب فيه أقوى وأهدى) لان للرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا يتمكن الام من ذلك وروى هشام عن محمد أنها اذا بلغت حد (٣١٧) الشهوة تدفع الى الاب لتحقيق الحاجة الى الصيانة وحد الشهوة

الى الصيانة وحد الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه أبو الليث حدثت الشهوة أن تبلغ تسع سنين وقيل اذا بلغت ست سنين أو سبع أو ثمان ان كانت علة وقوله (ومن سوى الام والجدة) يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات أو الخالات أو العمت فانها تترك عندهن الى أن تبلغ حدا تستهى على رواية القدوري وحتى تستغنى على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الام والجدة وولاية الاستخدام (ولهذا لا تؤجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم بخلاف الام والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا والامة اذا اعتقها مولاها وأم الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانها حران أو ان ثبت الحق وليس لها قبل العتق حق في الولد ليجزهما عن الحضانة بالاستغلال المولى والذمية أحق بولدها

والخصاف قدرا لاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب (والام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض) لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه أقوى وأهدى وعن محمد أنها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقيق الحاجة الى الصيانة (ومن سوى الام والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حدان تستهى وفي الجامع الصغير حتى تستغنى) لانها لا تقدر على استخدامهما ولهذا لا تؤجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال (والامة اذا اعتقها مولاها وأم الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد) لانهم ما حران أو ان ثبت الحق (وليس لها قبل العتق حق في الولد ليجزهما) عن الحضانة بالاستغلال بخدمة المولى (والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان أو يخاف أن يالف الكفر)

تمام الطهارة بان يظهر وجهه وحده بلامعين ومنهم من قال بل من النجاسة والام يقدر على تمام الطهارة (قوله) والخصاف رحمه الله قدرا لاستغناء بسبع سنين) وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لا ما قيل انه يقدر بتسع لان الاب مأمور بان يأمره بالصلاة اذا بلغها وانما يكون ذلك اذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يخالف القاضي أحدهما ولكن يتظر ان كان يأكل وحده ويلبس وحده يدفع والا فلا (قوله) وعن محمد رحمه الله أنها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة) وهي رواية هشام عنه وفي غياث المفاتيح الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن أبي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة ليبين عليها أخذ الاب وثبوت حرمة المصاهرة قالوا بنت تسع مشتهة وخمس ليست مشتهة وست وسبع وثمان ان كانت علة مشتهة والا فلا (قوله) ومن سوى الام والجدة) يعني الجدة من قبل الام والاب (قوله) لانها لا تقدر على استخدامهما) شرعا وتعليم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب انما يحصل بالاستخدام (بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا) ولذا جاز ان تؤجرها قال الحاكم الجليل الشهيد فان كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وأخوها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث أحببت في مكان لا يتخوف عليها (قوله) والامة اذا اعتقها مولاها وأم الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد) وحال الحرزة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاة أحق به منها وان كان حرا كانت أحق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاة ان كان له مولى أعتقه ومن مولاة ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي أمة فالولد لمولاها وهو أولى به من الاب لانه مملوك وكذا اذا كان الزوج حرا ولم يفارق أمة فالمولى أحق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين أمة لانه عن ذلك ذكره في الكافي وفي التحفة المكتوبة ان ولدت قبل الكتابة لاحق لها وان ولدت بعده فهي أولى به لا دخوله تحت الكتابة (قوله) ويخاف) بالرفع استثناء وفي بعض النسخ أو يخاف بالجرم عطفًا على يعقل وتنع ان تغذيه الخمر أو لحم الخنزير وان خيف ضم الى ناس من المسلمين ويرى بالنصب أيضا على معنى الى ان يخاف مثله في قوله لا لزمنك أو تقضي حتى ولكن هذا في أوله والواو وقال الشافعي وأحمد ورواية عن مالك لا حضنة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وأبي

المسلم) بأن كان زوجها مسلما (ما لم يعقل الاديان أو يخاف) بالرفع على الاستثناء وبالجرم عطفًا على يعقل (أن يالف الكفر) لان الدفع اليها قبل ذلك انظر للصبي وبعده يحتمل الضرر باستقاش أحوال الكفر في ذهنه

قال المصنف (أو يخاف أن يالف الكفر) أقول قال ابن الهمام وروى بالنصب أيضا على معنى الى أن يخاف مثله في قولك لا لزمنك أو تقضي حتى ولكن هذا في أوله والواو والموجود في نسختها هو أو

للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده (ولا خيار للغلام والجارية) وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي صلى الله عليه وسلم خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صرح ان الصبا لم يخبر واما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهدهم فوق لا خياره الا تضر بعائنه عليه السلام أو يحمل على ما اذا كان بالغاً

نور وقوله للنظر قبل ذلك دفع لقولهم وحاصله ان لا ينظر له غير ان يكون عند الام لو فو رشفتها وزيادة قدرتها على التنبل بعلاظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الذي يرتفع عما ذكرنا (قوله) ولا خيار للغلام يعني اذا بلغ السن الذي يكون الاب احق به كسبع مثلاً أخذ له الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك وعند الشافعي يخير الغلام في سبع أو ثمان وعند أحد واسمى بخير في سبع فاذا اختار أحدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر فله ذلك فان عادوا اختار الاول أعيد اليه هكذا أبداً قال في المغنى وهذا لم يقل به أحد من السلف والعنوة لا يخبر ويكون عند الام (قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم خير) أخرجه الأربعة عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلامين أبيه وأمه قال الترمذي حديث حسن صحيح ولا يروى في الحديث فيه قصة لابي هريرة قبل ان يروى الحديث حاصلها انه خير غلاماً في واقعة رفعت اليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امرأة حاتمة الى النبي صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعتني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استمعوا عليه فقال زوجهما من يحاقني في ولدي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا أبوك وهذا أمك فخذ بيد أمهم ما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به واستدل المصنف بالمغنى على عدم التخيير وهو ظاهر وأجاب عن الحديث بوجهين أحدهما انه صلى الله عليه وسلم دعا ان يوفق لاختياره لا ينظر على ما رواه أبو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته ان تسلم فخا أبان لهما ما صغير يبلغ فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب هاتوا الام هاتم خيرهم وقال اللهم اهدهم اهدهم فذهب الى أبيه وفي لفظ آخر انه أسلم وأبت امرأته ان تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فأقعد النبي صلى الله عليه وسلم الاب ناحية والام ناحية وأقعد الصبية ناحية وقال لهما ادعواها فالت الصبية الى أمها فقال صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فالت الى أبيها فأخذها وأخرجه الدارقطني من طريق أبي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى بنت عميرة وأخرج ابن ماجه والنسائي في سننه عن اسمعيل بن ابراهيم بن علي رضي الله عنهم حدثنا عثمان بن عيسى عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة أن أبوين اختصما في ولد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما كافر فخير النبي صلى الله عليه وسلم فوجهه الى الكافر فقال اللهم اهدهم اهدهم فتوجه الى المسلم فقضى له به قال ابن القطان بعد ذلك روي اثنين اختلف في انه غلام أو جارية ولهم ما قضيتان قال وقد روي من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أن أبويه اختصما فيه رواء ابن أبي شيبه ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ولا يصح ذلك لان عبد الحميد بن سلمة وأباه وجده لا يعرفون ولو صححت لا ينبغي ان يجعل خلافاً لرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فانهم ثقات وهو وأبوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف وأما ان المراد بقوله عن أبيه عن جده جد أبيه قال فانه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن سنان ونحن نقول انه اذا اختار من اختاره الشرع دفع له لكن الوقوف على ذلك متعذر بخير غيره صلى الله عليه وسلم مع دعائه فيجب بعده صلى الله عليه وسلم اعتبار مظنة النظرية وهو فيما قلنا ثابتهما انه كان بالغاً لئلا يبدل الاستقاء من بئر أبي عتبة ومن دون البلوغ لا يرسل الى الأبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقله عقله وعجزه عنه غالباً ونحن نقول اذا بلغ فهو مخير بين

فان اختار الاب لا يمنع من الزيادة وان اختار الام فعلى الاب مراعاته وتسليمه الى المكتب والحرفة (لان النبي صلى الله عليه وسلم خير) غلامين الابوين روى رافع بن سنان انه أسلم وأبت امرأته ان تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم افعدا ناحية وقال لها افعدي ناحية فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فالت الصبية الى أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فالت الى أبيها فأخذها (ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة) أي الخفض والراحة وكلامه واضح ولكن قوله (أو يحمل على ما اذا كان بالغاً) فيه نظر لان المذكور في قصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان بالغاً والجواب أن المصنف قال خير ولم يقل غلاماً ولا غيره ليتناول ما روي وما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين الابوين من غير ذكر ما يدل على الصغر فأول المصنف رحمه الله الاول بقوله قلنا قد قال عليه

فصل (وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصير فليس لها ذلك) لمافية من الاضرار بالاب (الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه) لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربى به ذميا

فصل لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الاخراج الى القرى وغيرها في فصل على حدة (وإذا أرادت المطلقة) بعد انقضاء العدة (أن تخرج من المصير) فذلك على أربعة أقسام إما أن تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه وإما أن تخرج الى ماليس وطنها ولم يقع فيه العقد وإما أن تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه وإما أن تخرج الى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فهي الاقسام العقلية فان انفق أمران جميعا بأن تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا كما ذكر في الكتاب وقوله (لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا) دليل المستثنى وقوله (ولهذا يصير الحربى) أى الشخص الحربى ذكرنا كان أو أنثى (به) أى بالتزوج في بلدة (ذميا)

فصل وإذا أرادت المطلقة

أن يتقرب بالسكنى وبين أن يكون عندها ما أراد اللهم إلا أن يبلغ سقيما مفسدا فيئذ يضمنه الى نفسه اعتبارا لنفسه بحاله ولا تنفقه له على الاب إلا أن يتطوع أما الجارية فان بلغت بكر ارضها الى نفسه وان بلغت ثيبا فلها ان تتقرب بالسكنى إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فلا باب ان يضمنها اليه وكذا الاخ وللم الضم إذا لم يكن مفسدا وإن كان فيئذ يضمنها القاضى عند امرأة ثقة ولهذا صح ان الصحابة رضوا الله عنهم لم يخبروا على ما تقدم من قصة عمر مع أبي بكر وما أسند عبد الرزاق عن عمر انه خير ابنا بين أبيه وأمه فاختار أمه فانطلقت به محمول على انه عرف ميل الابن الى أمه وهى في الواقع أحق بحضنته فأحب تطيب قلب الاب من غير مخالفة للشرع فغيره يدل عليه ما تقدم انه لم يرجع أبابكر الكلام والجواب ان عدم المراجعة ليس دليلا لان أبابكر كان اماما يجب نفاذ ما يحكم به من رأيه وان خالف رأى المحكوم عليه فالوجه ما ذكرنا يوافق المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما قدمناه أول الباب

فصل إذا ثبت حق الحضانة لأم فأرادت أن تخرج بالولد الى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لان حق السكنى له بعد ايفاء محل المهر خصوصاً بعد ما خرجت معه وان كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يتخلو من كون البلدة التي تريد الخروج اليها بلدها وقد وقع العقد فيها أولا ففي الاول ليس للاب منعها وان بعدت كالكوكة من الشام إلا أن تكون دار حرب وهو مسلم أو ذمى وان كانت هي حرة ولو كان كلاهما مسلمانا جاز لها ذلك لانه لم يعقد النكاح به فالظاهر انه يقيم به غيره انه اذا خرج بعد ذلك وقد أعطاه المهر وجب عليها المتابعة أو تابعته بلا جوب واذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الامر الى الاول ولو كانت الاولاد غيبا بأن تزوجها مثلاً بالبصرة فولدت له أولادا فخرج بهم الى الكوفة ثم طلقها فخاصمتهم فيهم ليردهم اليها فان أخرجهم بانهم ليس عليه أن يجي بهم اليها ويقال لها ذهبي اليهم فخذ بهم وان كان بغير اذنهم فعليه أن يجي بهم اليها وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه أو عقده وليس مصرها على أصح الروايتين كما سيذكر المصنف إلا أن تخرج الى مصر قريب بحيث لو خرج الاب لمطالعة الولد أمكنه أن يبيت في أهله أو قريبته كذلك وكان العقد في قرية لانه لا انتقال من حارة الى حارة وإن لم يكن العقد في قرية بل بمصر فليس لها اخرجها الى القرية القريبة هذا فيما بين الاب والام أما لو كانت الام مانت وصارت الحضانة للجدة فليس لها أن تنتقل بالولد الى مصرها لانه لم يكن بينهما عقد وكذا أم الولد اذا اعتقت لا تخرج الولد من المصير الذي فيه الغلام لانه لا عقدين بين الاب وأم الولد ولنتكلم على فصول الكتاب (قوله) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مسند ابن أبي شيبه حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الأزدي عن عبد الرحمن بن الحارث بن أبي ذباب أن عثمان رضى الله عنه صلى على أربعين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تأهل في بلدة فهو من أهلها يصلى صلاة المقيم وان تأهلت منذ قدمت مكة ورواه أبو يعلى كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل ببلدة فهو من أهلها وانما أتممت لاني تزوجت بها منذ قدمت وقد ضعف عكرمة الأزدي (ولهذا يصير الحربى به ذميا) ظاهره ان بالتزوج بصير الحربى ذميا ودفع في الكافي بانه خلاف المصريح به بل لا يصير الحربى بالتزوج في دار الاسلام ذميا لانه لا يستلزم التزام المقام لانه من الطلاق والعود وانما ذلك في الحرية اذا تزوجت في دار الاسلام تصير ذميا لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما وانما يصح بحمل الحربى على ارادة

قال في النهاية وهذا وقع غلط لان المصنف ذكر في السير وذ كر أيضا في سير سائر الكتب اذا تزوج المستامن ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه أن يطلقها فراجع وأجيب بان الضمير في به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤل الى أن يقال انه بالتزوج في بلد التزم المقام وباتزام المقام يصير الحربي ذميا ويلزم منه انه بالتزوج في بلد يصير الحربي ذميا فعاد المحذور وان لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال في محل البحث فلا يلقى ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربي الى الحربية ويجوز أن يقال لاحاجة الى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحربي صفة لشخص كما قد رنا في أول البحث وحيث ذكر ادب الحربية ولكن ذكره تأويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلط الى كونه لم يفسا ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان فجعل ما ذكره هنا وجه القياس لان التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لاسيما اذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وما ذكر في السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا على التزام (٣٢٠) المقام كنز وج الحربية للذمى الا ان قبول الجزية الموجب للذل والصغار

وان أرادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار في الكتاب الى انه ليس له ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وقد ذكر في الجامع الصغير أن لهذا لان العقد متى وجد في مكان بوجوب أحكامه فيه كما بوجوب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول أن التزوج في دار الغربية ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا أصح والحاصل انه لا بد من الامر من جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت أما اذا اتفقا بالبحث يمكن للوالدان بطالع ولده وبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القرين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر فلا بأس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتعلق بأخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتعلقه بأخلاق أهل السواد فليس لهذا ذلك

الشخص الحربي فيه مصر مراد به الحربية ويجوز أن يكون مرجع الضمير التزام المقام قال وهو ظاهر لوسيق الكلام وفي النهاية وجدت بخط شخى ليس في النسخة التي قبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل اتصل قوله وان أرادت الخروج بقوله فهو منهم وما ذكره هنا في بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا الحاجة الى تكافؤ توجيهه بما قلنا وبغيره وتحميل المصنف إياه مع أنه لا يصح لان مرجع الضمير إن كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الاستيضاح بتزوج المرأة الحربية على صيرورته من أهلها والحال ان صيرورتها كذلك لا مخرج الا بوجوب حقه وان كان التزام المقام فليس السوق لاثباته (قوله أشار في الكتاب) أي القدر وري وقبل المسوط والاول أولى لانه معتاد المصنف ولا يستفاد الثاني لعدم المعهودية ووجه ان قوله الا أن يخرج بها الى وطنها يفيد ان غيره داخل في الخطر والذي وقع فيه التزوج غير وطنها وقوله وهو رواية كتاب الطلاق أي من الاصل وفي العكس وهو ما اذا أرادت الانتقال الى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات (قوله كما بوجوب البيع التسليم في مكانه) أي اذا كان المبيع في ذلك المكان لا مطلقا فان في الفتاوى من باع شعير أو شعيرة في القرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد وان لم يعلم فهو بالخيار أن شاء تسلمه في مكانه وان شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حق امساك الاولاد لان الاولاد من غرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتبارا للثمرات بالاحكام من وجوب التسليم والتسليم (قوله تفاوت) أي بعد وفي عكسه وهو أن ينتقل من المصر الى القرية

مانع ورد بان هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك وأجاب شيخ شخى العلامة عبد العزيز بانهم لا وجد معنى القياس والاستحسان لوجه الى المنع من اطلاق الاسم عليهم ما أقول ان ثبت في حربي يتزوج في بلد المسلمين أن يصير به ذميا روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان والافلا وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل معاني القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب وهو واضح وأما في عكس هذه المسئلة وهي أن يخرج الى وطنها ولم يكن العقد فيها فليس لها أن تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات وأما القسم الآخر وهو ما لا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر عن

ذكره لظهوره من الاقسام الباقية (قوله والحاصل) ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجودهذين لا يجوز الوصفين لا بد من وصف آخر هو شرط فيه أيضا وهو ان لا ينتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها وقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فاني تنسب لها الانتقال اليها والجواب ان مراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فخرجها اليها ووقت الفرقة فيما بينهما فأرادت الخروج الى دار الحرب بولدها لم يمكن من ذلك وان وجد الامر ان جميعا والباقي ظاهر

(قوله ويجوز أن يقال لاحاجة الى قوله لان التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا) أقول ولا يخفى عليك ما فيه مع انه مخالف لما ذكره المصنف في وجه ما في مختصر القدوري ان التزوج في دار الغربية ليس التزاما للمكث فيه عرفا فتمام في جوابه (قوله وأقول ان ثبت في الحربي الخ) أقول فيه تأمل (قوله وفيه نظر لان الحربية بالتزوج الخ) أقول فيه ان الفرض وقوع العقد في دار الحرب فكيف يتنسى النظر

﴿ باب النفقة ﴾

لما فرغ من بيان حق الحضانة للولد ومن لها الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن يجب عليه ثم استطرذ كرميا يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم يعنى الاتفاق وهو عبارة عن الادرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره يجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجان لان الزوجية أصل النسب فيقدم عليه (٣٣١) والنسب أقوى من الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه

لكونه جزأ منه وكذا على الوالدين قال (النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتهما وسكناهما) والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزء الاحتباس

﴿ باب النفقة ﴾

لا يجوز وان كانت القرية قريبة الا اذا وقع العقد فيها وهي قرية ما خفي ثبوتها لذلك ذكره في شرح الطحاوى وفي شرح البقالى ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولا والاول هو المنصوص ذكر الحاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد اذا كان أصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فأرادت أن تخرج بهم من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة ينظر بعضها الى بعض مالم يكن ذلك بقطعة عن أبيه اذا أراد أن ينظر اليه من يومه واذا أرادت أن تخرج به من مصر جامع الى قرى ان كانت قريبة منها فليس لها ذلك الا أن يكون النكاح وقع في تلك القرى وفيه أيضا وليس للمرأة أن تشتري لولدها وتبيع وان كانت أحق به الا أن تكون وصية والله أعلم

﴿ باب النفقة ﴾

النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا فلهيكت أو من النفاق وهو الراج نفقت السلعة نفقا فارجت وذكر الزمخشري أن كل ما فاء ونون وعينه فاعيدل على معنى الخروج والذهب مثل نفق ونقر ونفخ ونفس ونق ونقد وفي الشرع الادرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه ثم نفقة الغير يجب على الغير باسباب الزوجية والقربة والملك فبدأ بالزوجات اذهى الاصل في ثبوت النفقة للولادة لأنه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن فيسألن الزوجات وقيل هي المطلقات والاول هو الظاهر وقال تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق بما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاه وقال تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقال النبي صلى الله عليه وسلم في خطبته بعرفة في حجة الوداع كما قدمناه في ضمن حديث جابر الطويل في الحج فأتوا الله في النساء فأنهن عوان عندكم أخذتوهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ورواه مسلم وغيره وفي الصحيحين ان هند ابنت عتبة قالت يا رسول الله ان أباسفيا من رجل سمح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وبكفي بئى الا ما أخذ من ماله بغير علم فقال صلى الله عليه وسلم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وبكفي بئيك والاحاديث كثيرة في الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبي رحمه الله من قوله ما رأيت

ان تطالبه بالنفقة وقال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المرأة والاتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنفقة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها (والاصل في ذلك) أى وجوب النفقة (قوله تعالى لنفق ذو سعة من سعته) أمر بالاتفاق والامر للوجوب (وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) أى بالوسط وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفون انه العدل على قدر الامكان وكلمة على

(٤١ - فتح القدير ثالث) للوجوب (وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع) أو صيكم بالنساء خيرا فأنهن عندكم عوان اتخذتوهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا وأن لا يأذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح (و) ان (لهن) عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزء الاحتباس

﴿ باب النفقة ﴾

أقول النفقة في الشرع الادرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات) ونوفض بالرهن فانه محبوس بحق مقصود للرهن وهو الاستيثاق ونفقة ليست عليه بل هي على الراهن وأجيب بأن الرهن محبوس بحق الراهن أيضا وهو كونه موفيا عند الهلاك ولهذا لم تجب النفقة (٣٣٢) على المرتن (وهذا الدلائل) يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة (لا فصل فيها

فيستوى المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما) هذا لفظ القدوري قال المصنف (وهذا) أي اعتبار حالهما في ذلك (اختيارا لخصاف وعليه الفتوى وتفسيره) أي تفسير قول الخصاف وهو على أربعة أقسام قسمه عقلية اما ان يكونا موسرين أو معسرين أو الزوج موسرا والزوجة معسرة أو بالعكس من ذلك ففي الاول تجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي الثالث نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج يأكل الحلوى والحل المشوي والباجات والمرأة كانت تأكل في بيتها خبز الشعير لا يؤمر الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفسه ولأما كانت المرأة تأكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين ولم يذكر المصنف القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا فيقال له تكاف ان تطعمها خبز البر وباجة أو باجتين كي لا يلحقها

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوى فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر في ذلك حالهما جميعا) قال العبد الضعيف وهذا اختيار لخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انه ما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات

أحد اجبر على نفقة أحد يجب تأويله والله أعلم بصحته (قوله وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره) أي المنفعة ترجع الى غيره كان نفقته عليه فخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست متحصصة للرهن بل مشتركة وخرج المنكوحه نكاحا فاسدا حتى لو تجملت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد رجع عليها بما أخذت أما لو اتفق عليها بالافرض القاضي فلا يرجع وفي الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوجت منه فان لم يقر بأن الحبل منه كان النكاح فاسدا عند أبي يوسف وعندهما صحيح فيستحق النفقة وذكر في موضع آخر لا تستحقها عندهما أيضا لانه ممنوع عن وطئها ولو أقر انه منتهى تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم أصله في المحرمات والله أعلم (قوله أصله العامل في الصدقات) والمفتي والوالي والقاضي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمفاسدة اذا قاما بدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات صيانة للبيات عن الاشتباه فتجب نفقتهم عليهم مسلمات كن أولاد ولوغنيات وقوله اذا سلمت نفسها في منزل ليس شرطا لازما في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطالب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت لحق لها كهرها لان نفقة أيضا وان كان لغير حق حينئذ لا نفقة لها لنشوزها وقال بهض المتأخرين لان نفقة لها حتى ترق الى منزل الزوج وهو رواية عن أبي يوسف واختارها القدوري وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ أبي نصر في شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منطوق فيه ثم قرر على وجه يرفع الخلاف وهو انه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تنسج هي تجب النفقة لانها سلمت نفسها ولكن رضيت بطلاق حقه حيث ترك النكاح فلا يسقط حقها (قوله وعليه الفتوى) اختار المصنف قول الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال في التحفة انه الصحيح ولا خلاف في وجوب نفقة اليسار في يسارهما والاعسار في اعسارهما وانما يظهر الخلاف في الاختلاف كما اذا كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب في الاول نفقة فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه وعلى ظاهر الرواية يجب في الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرة فقد رضيت بنفقة المعسرين وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذ كر تمام الاقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسر وكله لا يتحد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى حينئذ ان يقول فان كان أحدهما موسرا والاخر معسرا واقتصرت في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها ووجهه انه يصلح ردا لاعتبار حاله فقط يعني اذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قولكم بغير حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لا بد منه باتفاق الثنائين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالها فليزما اعتبار حالهما ويورد عليه ان حديث هند

الضرر ولم يرد على ما فهم من القسم الثالث من توسط المال وقال وفي ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفقها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله

(قوله فان الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة) أقول يعني القاضي يفرض لها نفقة

(وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي) وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا والدليل عليه (قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته) ومن قدر عليه رزقه فلينفق بما آناه الله اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وأمره بالانفاق فلام صير إلى غيره وجه الأول يعني قول الخصاص في اعتبار حالهما (قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان) روى البخاري بإسناده إلى عائشة رضي الله عنها أن هند ابنت عتبة قالت يا رسول الله إن أبي سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدي بالمعروف فاعتبر حالها) ولقائل أن يقول هذا الدليل غير مطابق للدعي لأن المدعي هو الاعتبار بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن أن يجاب عنه بأن المحتاج إليه هو بيان اعتبار حالها أو ما اعتبر حاله فلا يثبت عليه والتخصيم يقول به فاذن الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرا (٣٣٣) من وجه وحالها كذلك فإن قيل هذا على تقدير التعارض والحديث

لا يعارض الآية لكونه من الأحاد فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاص (وهو) أي اعتبار حالها هو (الفقه) فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تقتقر إلى كفاية المוסرات فلا معنى للزيادة) يعني على كفايتها نظر إلى حال الزوج وأجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله (ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب أن ينفق بقدر وسعه) لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكن إن زادت كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي ديناً في ذمته علماً بالدليلين كما مر ولا يؤيده مع المجزؤ وقوله (ومعنى قوله بالمعروف

وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الأول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدي بالمعروف باعتبار حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تقتقر إلى كفاية المוסرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على الموسر مدان وعلى المعسر مدد وعلى المتوسط مدد ونصف مد

خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق بما آناه الله مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة أولا والمعسر معسرة كانت أولا فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغير حكم النص اذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز وأما المصنف دفع هذا بقوله وأما النص فنقول بموجب أنه يخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته فإنه يفيدان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا يثبت اعتبار حالها في قدر ما يجب لها والحديث أفاده فلا زيادة على النص لأن موجبته تكليفه بأخراج قدر حاله والحديث أفاد اعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بأن يكون الواجب عليه أكثر مما إذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله فبالضرورة يبقى الباقي في ذمته اللهم إلا أن يقال يجوز علمه صلى الله عليه وسلم بأن زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله وأطلق لها أن تأخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث ينتج بالنسبة إلى هذه الآية أما بالنسبة إلى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله الآن هذه في المتعة لا في النفقة وبدعي الفرزين المتعة والنفقة بناء على أنهما ليست مسئولا كإمام مسك الكسوة بل هي بدل نصف المهر أو أن قوله متاعا بالمعروف الآية يفيد بالقدرتين أي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر وهذا لأن المعروف أن لا يدفع للناقصة ما يدفع للفقيرة (قوله وهو الواجب) أي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالهما وقد يقال لا يتمشى على جميع أقسام تفسير قول الخصاص رجه الله بل في أوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والاعسار فإن الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط وأما في اليسارهما فيمكن أن يقال تجب نفقة هي وسط في اليسار وأما في اعسارهما فيجب أيضا نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فإنه إذا فرض أن

(الوسط) إشارة إلى ما قدمنا أن تفسير قوله تعالى وكسوتهن بالمعروف الوسط ليكون جوابا عن قول الخصاص أنه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف إشارة إلى أن لا يزداد على ما في وسعه ان كانت حالها تقتضيه ووجه كونه جوابا أنه إذا كان مفسرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب (قوله وبه) أي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك (يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على الموسر مدان وعلى المعسر مدد وعلى المتوسط مدد ونصف

(وقوله والحديث لا يعارض الآية لكونه من الأحاد) أقول لا يبعد أن يدعى شهرته (قوله فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين الخ) أقول من تأمل في كلام المصنف تبين له عدم مطابقة هذا الشرح للشروح فإنه ينادي على أن المعارضة بينهما

لان ماوجب كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا) لانها يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والا ما كن في التقدير قد يكون اضرا قال (وان امتنع من تسليم نفسها) ان امتنع المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبي حنيفة فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان تطلب المهر المجل أو لان كان الاول فلها النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها فطالبه أحدهما (٣٢٤) لا يسقط الآخر وان كان الثاني فهي ناشرة لان الناشرة هي الخارجة من منزل الزوج

المانعة منه نفسها وهذه كذلك وانما قيل الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معها فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا أو كرها فلا تبطل النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فغنته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته واذا كانت ناشرة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزلها لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فوجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشرة وغيرها فوجه حرمانها عنها فالجواب اننا لانسلم أنها تفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وذلك قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا تتصور وقوله (بخلاف ما اذا امتنع) متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله (وان كانت صغيرة لا يستمتع بها) أي لاوطأ (فلا نفقة لها) سواء كانت في منزل الزوج أو لم تكن حتى تصير الى الحالة

لان ماوجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه (وان امتنع من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلافات (وان نشرت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزلها) لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فوجب النفقة بخلاف ما اذا امتنع من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها (وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما بين

اعسارهما غاية في الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله أو حالهما لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله صلى الله عليه وسلم خذ من ماله بالمعروف ما يكفيك ما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف في متوسطة الحال ان كفايته ادون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وعند غاية اعسارها واعسار المعروف دون المتوسط فيه والحاصل ان على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما فرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا مادوما (قوله لان ماوجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه) لانه يختلف باختلاف الضبائع وأحوال الناس وباختلاف الاوقات وفي البسوط وكل جواب عرف من اعتبار حاله أو حالهما ما في النفقة في الكسوة مثله واذا اختلف في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في العسرة كذا في الاصل وأشار شيخ الاسلام الى أن القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد في الزيادات ومن المتأخرين من قال ينظر الى زينة الافي والهوية والفقهاء واذا كان القول قوله ولا ينسب لها فاسأت القاضي أن يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي وان فعله فاتاه عنه ماله لموسر لم يفرض عليه نفقة الموسر الا أن يخبر بذلك عدلان انهم ما علموا ذلك ويكونان بمنزلة الشاهدين فان أخبراه من وراءه لم يؤخذ بقولهما فان أقامت البينة انه موسر فأقام الزوج انه محتاج أخذ بيئتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في كافي الحاكم (قوله حتى تعود الى منزلها) يفيد ان النشوز المستعقب لسقوط النفقة مأخوذ فيه خروجها عن منزلها والخبر ان المأخوذ فيه مدم موافقته على المجي الى المنزل سواء كان بعد خروجها أو امتنع عن أن تجي الى منزلها ابتداء بعد ايقانها بمجمل مهرها أو عدم تمكينها ايام من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل أن تسألها أن يحولها الى منزلها أو يكثر لها منزلا فان كانت ألتسه في ذلك لتنتفع بملكها فأبى فغنته الدخول كان لها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انما خرجت لانك ساكن في أرض مغصوبة لا تكون ناشرة وفي الفتاوى للنسفي لو كان بسمرقند وهي بنسف فبعث اليها أجنبيا ليحملها اليه فأبى لعدم المحرم لها النفقة (قوله لا يستمتع بها) أي لاوطأ وصرح في الذخيرة بأن المراد من الاستمتاع الوطء وبه قيد الحاكم قال لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى أن تصير الى حالة تحتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج أو الاب واختلاف فيها فقيل أقلها سبع سنين وقال العنابي اختيار مشايخنا سبع سنين والحق عدم التقدير فان احتمل يختلف باختلاف

التي تطبق الجماع (لان امتناع الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح) وهو الجماع أو دواعيه (ولم يوجد) لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة وأجيب بأن الدواعي غير فائتة بأن يجامعهن تغيب أو غير بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا ان كانت الصغيرة مشتهة ويمكن جماعها فيمادون الفرج تجب النفقة

(قوله مستحق بالنكاح وهو الجماع) أقول الاظهر الموافق لما ذكر في آخر باب العنين ان يقول وهو التمكن من الجماع

وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوك بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة

البنية وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قوله لا تجب وان كانت في المهر لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية قلنا ما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فراجع الضمير للولدات فلا يتناول الصغار وأما قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فالتام فيه الامر بالاتفاق يعني على من يستحقها ولم ينص على من يستحقها فثبت من يستحقها من خارج على انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن ألا ترى ان ليس كل زوجة تستحقها كالناشئة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه وأما حديث جابر فقول صلى الله عليه وسلم فيه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فراجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ونقول لا يحل فرج من لا يطبق الجماع فانه اهلال أو طريقه ولو سلم فلا اتفاق على أن عمومها غير مراد فان الناشئة لا نفقة لها وهي زوجة بخلاف تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة أجنبية فاستحقاقها النفقة إما أن يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره الحافا للملك القاصر بالملك الكامل في المرقوفة أو لا احتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج أعني الوطء أو دواعيه أو لا احتباسها مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الآن يكون ايجابها في الكامل لمعنى ضمنه وهو موجود في الناقص فوجب فيه لذلك المشترك للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على أحد الاوجه التي ذكرناها وسنورد لها وجوها وجها وأيضاً عوض الملك هنا المهر فلا تكون النفقة أيضاً عوضاً والاجتماع عن المعوض الواحد عوضان ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على ألف وعبد لان الملك معوض يثبت جملته وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت أيضاً كذلك وذلك المهر دون النفقة لانها تجب شيئاً فشيئاً ولو كانت جزءاً من العوض لزم جهالة أحد العوضين فالتام تجب بمبادئ شيئاً فشيئاً وهو الاحتباس نظراً الى بقائه وهذا طريق المصنف وعلى هذا يجب أن يقول النفقة في المرقوفة أيضاً جزء الاحتباس لها ومن مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملة الوطء ان أمكن للملك وهذا حق ألا ترى انه لا نفقة للامتناع بقى مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لان نقاضه بالناشئة وأما الثاني فهو العلة لظهور أثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم وانما نقل فتعين الثاني عقيب ابطال الاقسام التي لا يكون مبرراً فلما أثبتنا المناسبة بظهور الاثر لم يبق الا صورة السبر وانما هو في الحقيقة اثبات عليه ما عيناه بظهور أثره وابطال ما عيناه هو هذا وقد نقض بالرفاء والقرناء التي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها كبرها فان لهن النفقة ولا احتباس الوطء وأجيب بأن المعتبر في ايجاب النفقة احتباس ينفع به الزوج انتفاعاً مقصوداً بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود في هؤلاء بان يجامع فيمادون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فانها لا تكون مشتهة أصلاً فلا تجامع فيمادون الفرج حتى ان كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيمادون الفرج ولا يستنكر ذلك في الجوز والمروضة فالواقع على هذا التعليل اذا كانت صغيرة مشتهة يمكن جماعها فيمادون الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة وهذا على من قيد الصغيرة بكونها لا تستهوى الجماع فرض محال لانها اذا لم تكن بحيث تستهوى الجماع لا تكون مشتهة للجماع فيمادون الفرج نعم هنا شئ وهو ان قولنا الصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل معناه لا تستهوى الوطء أو لا تطبق الوطء فان كان الاول فاللازمة حقة وان كان الثاني فان ثبت التلازم بين عدم الاطاقة وعدم الاشتها فكذلك والا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الاطاقة مطلقاً

(وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوك بملك اليمين) وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة والصغير والكبير فيها سواء كالمملوك (ولنا ان المهر عوض عن الملك) لان العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضاً لا تكون النفقة عوضاً لثلاث يجتمع عوضان (عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة)

(قوله وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة الخ) أقول فعلى هذا لا يكون عوضاً عن الملك

وقوله (وان كان الزوج صغيرا) بيان ذكر العجز من جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بان كانا صغيرين لا يطبقان الجماع فلو اعتبر جانب الصغير وجبت (٣٣٦) كافي الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كمالو كانت صغيرة

والزوج كبيرا قال في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها وأكثر ما يكون في الباب ان يجعل المنع من قبله كالعدوم فالمنع من قبلها قائم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب وقوله (واذا حبست) ظاهر وقوله (والفتوى على الاول) يعنى على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة للغصوبة فيما مضى وقوله (لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا) بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات لالمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبذونه لا يجب النفقة وقوله (وكذا اذا حجت مع محرم) يعنى بدون الزوج لا يجب النفقة (لان فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف ان لها النفقة لان

(وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطاء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله) لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالجبوب والعنسين (واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها) لان فوت الاحتباس منها بالمطالة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف ان لها النفقة لان اقامته الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا

ولامن واحد عن يطبق الوطاء والظاهر ان من كانت بحيث تستحق للجماع فيمادون الفرج فهي مطبقة للجماع في الجملة وان لم تنطق من خصوص زوج مثلا فتجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها نفقة وفي خزائن الفقه أبي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشرة اذا لم يكن لها عليه مهر واذا اغتصبها طالم فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بمحج اذا لم يكن معها زوجها والامة اذا لم يبيوئها مولاها والمنكوحه كحافاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها والمرأة اذا قبلت ابن زوجها أو اباه بشهوة (قوله وان كان صغيرا الخ) ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعا بان كانا صغيرين لا يطبقان ولو اعتبر جانبها تجب ولو اعتبر جانبها لا تجب وفي الذخيرة لا نفقة لها وأكثر ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالعدوم فالمنع من جهتها قائم معه لا تستحق النفقة وعن هذا قلنا اذا تزوج المحبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يرض لها نفقة ولا يخفى ان كان عكس الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالعدوم فتجب الى آخره والتحقيق ان النفقة لا تجب الا لتسليمها الاستيفاء منافعة المقصودة بذلك التسليم فيسدد وجوبها معه وجودا وعندما فلا تجب في الصغيرة غير بن وتجب في الكبيرة تحت الصغير (قوله وعن أبي يوسف لها النفقة) أى في صورتى حبسها او غصبها لانه لا يمنع من جهتها واختاره السعدى والفتوى على الاول وهو قول محمد لان النفقة عليه عوضا عن احتباسه اياها غير أنه اذا فاته الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فتجب مع فواته فاذا كان لالمعنى من جهته لم يكن تقديرا فانما فاته حقيقة وحكم وهو الموجب ليس غير فعند عدمه ينعدم الحكم ونظيره ماله غصب العين من يد المستأجر لا يجب الاجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لامن جهة المستأجر وان لم يكن من جهة الآخر بخلاف الموجب هو ظلم أو في حق بقدر على ابقائه أو لا يقدر أو هرب أو ارتد أو أسلمت وأبى هو الاسلام أو طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحيث لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الحب والعنة مادامت في العدة حيث يجب لها النفقة لفواته من جهته حقيقة أو معنى وان لم يكن له تعمد فيه (قوله وكذا الخ) أى لا نفقة لها اذا حجت مع محرم بخلاف ما اذا حجت مع الزوج فان لها النفقة اتفاقا (قوله لان اقامة الفرض عذر) قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الفاتت انما يجعل باقيا تقديرا اذا كان الفوات من جهته ثم اذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بان يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لان هذه الزيادة لحقها ابازا من نفقة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالريضة التي لا تستحق المداواة عليه (قوله لما قلنا) أى من أن نفقة الحضر هي المستحقة وأجمعوا على أن بالصوم والصلاة لا تسقط النفقة

اقامة الفرض عذر) وكلامه واضح وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه (قوله)

(قوله وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب) أقول وفيه بحث اذ لا نسلم انه مع قيام المنع من قبله تستحق الزوجة النفقة وانما تستحقها ان لو وجد فيها شرط استحقاق النفقة ولم يوجد

(فان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة) والقياس ان لانفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لقوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويعسها وتحفظ البيت والمنازع بعارض فأنسبه الحوض وعن أبي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه (قال ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها) والمراد به ذابيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها

(قوله ويعسها) أي ويعسها استمتاعا ويدخل في مسها كذلك الجماع فيما دون الفرج والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرقاع والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستئناس والله أعلم (قوله قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه) وهو قوله وان مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض ولا يخفى ان اشارة الكتاب هذه مبينة على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها في منزله وقد مناهه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهو الاصح تعليقها بالعقد الصحيح ما يقع نشوز المستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبي يوسف وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية قال في الاصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت أو جنت أو أصابها بلاء يمنع عن الجماع أو كبر حتى لا يستطيع جماعها وفي شرح الطحاوي اذا كبرت ولا تطيق الجماع أو بهارت حتى يمنع الجماع أو قرن لها النفقة وقال الحساوي قالوا اذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها وجهه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا تنقيح للدلول قال في الخلاصة لو كانت مريضة ومعها زوجها أو لا قبل الدخول أو بعده تجب وفي الاقضية لو كانت محرمة أو رتقاء أو قرناء تجب وفي الجامع الكبير سواء أصابته هذه العوارض بعدما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبله فيما إذا لم تكن مانعة نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف لان نفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطؤها قبل أن يتلقاها وان انتقلت من غير رضاهم إلى أهلها أما اذا نقلها هو إلى بيته مع علمه بذلك لا يردها إلى أهلها انتهى كله من الخلاصة وبه يظهر لك ما حكى به فحين اختار قول أبي يوسف ثم عن أبي يوسف في التي مرضت في منزله اذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها (قوله وتفرض على الزوج النفقة الخ) قال المصنف والمراد به ذابيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى على متأمل ان التكرار ليس بلازم أصلا ليجتاز إلى الاعتذار عنه فان ما تقدم ليس الا ببيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ووجوبها ليس بنفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جواز له ولا هو ملزومه فان الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تمكن هي من تناول قدر كفايتها ليس لها أن تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة تفرض اذا طلبت فأقدمنا ثم اذا فرض فالزوج هو الذي يلي الاتفاق الا اذا ظهر عند القاضي مظهره فحينئذ تفرض النفقة ويأمره أن يعطيها تتفق على نفسها فان لم يعط حبسه كذا في الخلاصة وقيد اليسار اثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفي الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الاصل واليسر ففي المحترف يوما يوما أي عليه أن يدفع نفقة يوم بيوم لانه قد لا يدر على تجهيل نفقة شهر مثلا دفعة وهذا بناء على ان عليه أن يعطيها مجعلا ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك المساء لتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وان كان

وقوله (فان مرضت في منزل الزوج) على ما ذكره في الكتاب ظاهر وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما بين وقوله (وفي لفظ الكتاب) يعني القدوري (ما يشير اليه) وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج فانه يشير إلى أنها سلمت نفسها إلى منزل الزوج فمرضت فيه وقوله (يفرض على الزوج النفقة) لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد به ذابيان نفقة الخادم وذ كروجه وجوبها وهو ظاهر واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج فهم من قال المولك لها حتى لو كانت حرة أولم تكن مملوكة لها لان تحقق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة الخادم انما هو باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا يستوجبها كلقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال ومنهم من قال كل من يخدمهارة كانت أو مملوكة لها أو غيرها تستحق

ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من غامها اذ لا بد لها منه (ولا يفرض لا كثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد

وقوله (ولا يفرض
لا كثر من خادم واحد)
ظاهر

تاجر يفرض عليه نفقة شهر بشهر أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة أو من الصناع الذين لا يتقاضى عملهم إلا بانقضاء الأسبوع كذلك ولو فرض عليه أكثر من قدر حاله أن يمنع من إعطاء الرائد وفي الأقضية يفرض الأدم أيضاً أعلام اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن وقيل في الفقرة لا يفرض الأدم إلا إذا كان خبز شعير والحق الرجوع في ذلك إلى عرفهم ويعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح وغيره وعن ماء الوضوء عليها فإن كانت غنية تستاجر من يتقله ولا يتقله بنفسها وإن كانت فقيرة فاما أن يتقله الزوج لها أو يدعها تنقل بنفسها وعن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لانه مؤنة الجماع وفي كتاب رزين جعله عليها وفصل في ماء الطهر من الحيض بين أن يكون حيضها عشرة أيام فعليها أو أقل فعليه وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج فإن جاءت بغير استجار فللقائل أن يقول عليه لانه مؤنة الجماع وللقائل أن يقول عليها كاجرة الطبيب وفي المحيط إذا كان للزوج عليها دين فقال أحسب جوالها منه نفقتها كان له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وإن لم يتقاصا وتفرض الكسوة كل ستة أشهر إلا إذا تزوجها وبنيها قبل أن يبعث إليها الكسوة فإن لها أن تطالبه بها قبل مضي ستة أشهر والكسوة كالنفقة في أنه لا يشترط مضي المدة وللزوج أن يرفع إلى القاضي ليأمرها بتلبس الثوب لأن الزينة حقها وإذا فرض لها كسوة ستة أشهر ففترقت قبل مضيتها ان لبست لبساً معتاداً تبين أن ذلك لم يكفها فجددتا تبين خطئه في التقدير وإن تخلفت طرق استعمالها لا يفرض لها أخرى ولو سرفت الكسوة أو هلكت النفقة لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة أشهر تفرض لها أخرى بخلاف المحارم كذا في الأقضية ولو كانت تلبس يوماً وترك يوماً ما توفى بإيجد لها الكسوة إذا فرغ الفصل ولو لبست دائماً ولم تخف ولم يجد لها إذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم بقيت كلها بعد انقضاء المدة أو بقي منها شيء في الشهر الآخر أيضاً يفرض وفي المحارم لا يفرض وفي أدب القاضي للخصاف يفرض قبض ومقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرتة ويسرته ذكر الخصاص السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكروا محمد أصلاً قال السرخسي لم يوجب محمد الأزار لانه للزوج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخلف انتهى وقيل اختلاف عرف والعرف إيجاب السراويل في الصيف والشتاء للبسة في البيت فالقاضي ينظر إلى عرف كل قوم فيفرض بالعرف فعلى المعسر قال محمد درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري أرخص ما يكون مما يدهن في الشتاء وعلى الموسر درع يهودي وأهرومي وملحفة دينورية وخمار أبريسم وكساء اذربيجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كنان وخمار أبريسم فذكر في الأصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء إلا أن القميص يكون مجبياً من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب إهابا في الشتاء اللعاف وفراس النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الأزار والخلف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف أما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام عليه وينبغي أن يكون لها فراش على حدة ولا يكتفى بفراش واحد لهما لانهما لا ينفقان تنفرد في الحيض والمرض وفي الأزار فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشیطان وإذا أرسل ثوباً فاختلفا فقالت هدية وقال من الكسوة فالقول له فإن أقام البينة على إقرار كل منهما بدعوى الآخر أو على نفس مدعاه فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعي للقضاء وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة أو قال من المهر وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون إذا كانت من وجوه مختلفة (قوله ووجهه ان كفايتها الخ) ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها أو أعم منه قال بعضهم

وقال أبو يوسف نفرض لخادم من لانها محتاج الى أحدهما المصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامر من فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا كذلك اذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج المוסر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المוסر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الأصح خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المוסر أدنى الكفاية وهي قد تكفي بخدمة نفسها (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما) او يقال لها استدني عليه) وقال الشافعي يفرق

وقوله (وقالوا) يعني المشايخ (إن الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم) واليسار ههنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لانبساط وجوب الزكاة وقوله (وهو أدنى الكفاية) يعني تنقص نفقة الخادم عن نفقة الكن في حق الادام دون الخبز وأعلى الادام اللحم وأوسطه الزيت وأدناه الملح أو اللبن وقوله خلافا لما قاله محمد يعني ما قاله محمد ان الزوج اذا كان معسرا وكان لها خادم يجب عليه نفقته لانه اذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كماله كان موسرا وقسوله لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية دليل الاصح (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما) ويقال لها استدني عليه) أي اشترى الطعام نسيئة على ان تنقضي الثمن من مال الزوج (وقال الشافعي يفرق

بعضهم المألول فلولم يكن لاستحق وقال بعضهم كل من يخدمها حرة كانت أو أمه لها أو غيرها وفي الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحه أمة لاستحق نفقة الخادم ونفقة الخادم لبسات الاشراف وبوافقه ما قبله الفقيه أبو الليث كلام الخصاص حيث قال في أدب القاضى فرض ما محتاج اليه من الدقيق والذهن واللحم والادام فقالت لا أخبز ولا أعجن ولا أعالج شيئا من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج أن يأني عن كفيها عمل ذلك وقال الفقيه هذا اذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تبشر ذلك بنفسها فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتها عن نفسه وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن اذا لم تطبخ لا يعطىها الادام وهو الصحيح وقالوا ان هذه الاعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضى على ما سئذ كرهه أيضا ان شاء الله تعالى (قوله وقال أبو يوسف لخادمين) وهكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب (قوله ولانه لو تولى) أي الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن أبي يوسف في الاقضية لو قال الزوج أنا أخذتها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل وعن أبي يوسف في رواية أخرى اذا كانت فائقة في الغنى زفت اليه مع خدم كثير استحققت نفقة الكل عليه وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي (قوله خلافا لما يقوله محمد) ووجه الله اذا كان لها خادم يفرض لها لانها لم تكف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا وجه الظاهر انما بحيث تكفي بخدمة نفسها وانما الخادم لزيادة التمتع فلا يلزمه الاحالة اليسار لان المعسر انما يلزمه أدنى الكفاية فقط وهذا يخالف ما ذكره المصنف من لزوم اعتبار حالهما وانه عند اعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أنه تجب نفقة الخادم ديناً عليه ولولم يكن للمرأة خادم لا تجب لها نفقته لان استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها الى نفقة الخادم انما تحقق عند وجوده وصار كلقاضى اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال والغاوى اذا شهد الواقعة بلا فرس وأعني غناء الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله أعلم ولو كانت له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقا وفي التجنيس امرأة لها عمل اليك قالت لزوجه أنفق عليهم من مهري فأنفق فقالت لأجعلها من المهر لانك استخدمتهم فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لانه بأمرها (قوله ومن أعسر بنفقة امرأته الخ) بقولنا قال الزهرى وعطاء ابن يسار والحسن البصرى والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وجاد بن أبي سليمان والظاهرية ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه وقال الخصاص الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج وبقول الشافعي قال مالك وأحمد في ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وهذا التفريق فسخ عند الشافعي وأحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فان لم يجد ماله يحبس حتى ينفق عليها ولا يفسخ وعن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال ثم اعلم ان ظهور العجز عن النفقة انما يكون اذا كان الزوج حاضرا أما اذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها

أولى لان الحاجة الى النفقة أقوى من الجماع لان انقطاع الاول مسددة مهلك دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق (ولنا ان حقه) بالتفريق (يطلق) اذ لا يصل اليه الاسباب جديده وحققها بتأخر لان النفقة تصير ديناً بفرض القاضي فيستوفى في الزمان الثاني (والاول أقوى في الضرر) فيتصل أدنى الضررين لدفع الاعلى وقوله (وفوت المال وهو تابع) جواب عن القياس على الحب والعنة وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول الى المرأة بسبب الحب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقه بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع فان قيل لا فائدة في الاذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت ديناً بفرضه أجاب بأن فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

قال المصنف (وفائدة الامر بالاستدانة الخ) أقول وسيجيء له فائدة أخرى بعد سطور

لأنه عجز عن الامسالك بالمعروف فينبو القاضي منابه في التفريق كافي الحب والعنة بل أولى لان الحاجة الى النفقة أقوى ولنا ان حقه يبطل وحققها بتأخر والاول أقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير ديناً بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

نفقة فرفعت الامر الى القاضي فكتب القاضي الى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقه قال الشيخ الامام أبو الحسن السعدي نعم اذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الخزيرة في هذا الجواب تنظر والصحيح انه لا يصح فضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادراً فيكون هذا ترك الاتفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر فامضاء جاز قضاؤه والصحيح ان لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في محتمد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الامام الاستروشي فتكون الشهود علت محارفتهم فلا يقضى بها كما ذكره طهري الدين واعلم أن الفسخ اذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق اثبات عجزه بمعنى فقره ليجي مما قال وهو أن تتعذر النفقة عليها قال القاضي أبو الطيب من الشافعية اذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ قال في الحلية وهو وجه جيد فلا يلزم محي مما قال طهري الدين (قوله لأنه عجز الخ) استدلو بالنقول والمعقول أما النقول فمافي سنن النسائي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وساق الحديث الى أن قال وابدأ بمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمني والافارقني خادمك يقول اطعمني واستمعي ولدت يقول اطعمني الى من تتركني هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن أيوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن أسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة وسعيد بن محمد ثقتان وقال الدارقطني حدثنا أبو بكر الشافعي حدثنا محمد بن بشر بن مطر حدثنا شيبان بن فروخ حدثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني أو طلقني الحديث وقال الدارقطني حدثنا حماد بن أحمد السهمي وعبد الباقي ابن قانع واسمه ميل ابن علي قالوا أخبرنا أحمد بن علي الخزان حدثنا اسحق بن ابراهيم البارودي حدثنا اسحق بن منصور حدثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن مهله عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وقال سعيد بن منصور في سننه حدثنا سفيان عن أبي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنته صلى الله عليه وسلم وغايته أن يكون من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وأنتم تقولون بالمرسل مطلقاً وأما المعقول فالقياس على الحب والعنة بل أولى لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا فوت وأيضاً منفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص به الأولى وقياساً على المرقوق فانه يبيعه اذا أعسر بنفقته (قوله ولنا) المنقول والمعنى أما النقول فقولته تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة أن تكون ديناً في الذمة وقد أعسرهم الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانظار بالنص وأما المعنى فهو ان الزام الفسخ باطل حقه بالكلية وفي الزام الانظار عليهم والاستدانة عليه تأخير حقه ديناً عليه واذا دار الامر بينهما كان التأخير أولى وبه فارق الحب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير ديناً على الزوج ولا نفقة المملوك تصير ديناً على المالك ويخص المملوك أن في الزام بيعه ابطال حق السيد الى خاف هو المثلن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه يبيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقه فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدالة الاجماع على

احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج (واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصته تم لها بنفقة المוסر) لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار

أما لو كانت أم ولا يجوز عن نفقتها لم يعتقها القاضي عليه وأما المروى عن سعيد بن المسيب في قوله أنه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه إطلاق مثل ذلك غير مردي به ذلك قال الطحاوي كان زيد بن ثابت يقول المرأة في الأرض كالرجل إلى ثلث الدية فإذا زاد على الثلث خالفها على النصف من الرجل قال ربيعة بن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة قال عشر من الأبل قلت فإن قطع إصبعين قال عشرون من الأبل قلت فإن قطع ثلاثاً قال ثلاثون من الأبل قلت فإن قطع أربعاً من أصابعها قال عشرون من الأبل قلت سبحان الله لما كثرت أعضاؤها واشتد مصابها قل أرشها قال إنه السنة قال الطحاوي لم يكن ذلك إلا عن زيد بن ثابت فسمى قوله سنة فيكون ما قاله اعتماداً على ما عن أبي هريرة موقوفاً عليه هذا بعد تسليم صحته والألف قد روى عن سعيد كقولنا فاضرب المروى عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر وأما المروى عن أبي هريرة مرفوعاً عند النسائي والدارقطني فلا شك في أن رفعه غلط وإنما هو من قول أبي هريرة روى البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الصدقة ما ترك غنى وفي لفظ ما كان عن ظهر غنى والسيد العلما خير من السيد السفلى وأدأ عن تعول تقول المرأة أما أن تطعمني وأما أن تطلقني ويقول العبد أطمعني واستعملني ويقول الولد أطمعني إلى من تدعني قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيسى أبي هريرة فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس في قول أبي هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على أحد الأمرين عينا وهو الاتفاق فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا مثل وأشهد وإذا تابعتهم يعني ينبغي أن يسد بنفقة العيال والاقوال مثل ذلك وشوشوا عليك إذا استهلكك النفقة لغيرهم كاذبنا وأما ما تقدم من رواية الدارقطني عن أبي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث أبي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي ورواه ذكره ابن القطان في الوهم والابهام (قوله احالة الغريم على الزوج) أي وإن لم يرض الزوج وفي التحفة فائدة الأمر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج وهذا لأن الاستدانة إيجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة أخرى وهي أنها لا تسقط بموت أحد هما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سئذ ذكره إن شاء الله تعالى وفي شرح المختار المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسرا وأخ فنفتها على زوجها ويؤمر الابن أو الاخ بالاتفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر ويحبس الابن أو الاخ إن امتنع لان هذا من المعروف قال شارح الكترتين بهذا ان الادانة لنفقتها إذا كان الزوج معسرا وهي معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها ولا الزوج وعلى هذا لو كان المعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الأب كالأخ والم ثم يرجع به على الأب (قوله غم لها بنفقة اليسار) هكذا مشى عليه أيضا صاحب الكتر بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بأنه نوع تناقض فإن ما ذكره أول الباب قول الخصاص ثم يبنى الحكم على قول الكرخي ولو كان فرض على قدر حاله وحالها مكدارا ثم غلا السعر كان لها أن

احالة الغريم على الزوج من غير رضا الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرقت الامر الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز تفرقه لانه قضى في فصلين مجتهد فيهما في التفریق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الاتفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض فامضاء فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه اذا العجز لم يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصته تم لها بنفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار

وقوله (وما قضى به) جواب عما يقال ينبغي ان لا يتم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول وتقرير ما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا وتقدر ما ليس واجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز لها المطالبة (٣٣٣) بتمام حقها فكان هذا منزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على الموسر لان ما لا يكون لازما

فلدوامه حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير وكذلك حكم عكس هذه المسئلة وقوله (واذا مضت مدة) ظاهر وقوله (على ما مر من قبل) يريد قوله لان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل مائة دم يدل على أنها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي أن تكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب أجيب بانها صلة من وجه وماء - ذاشانه يجب على المكاتب كالحراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بعوض وكده وهو القبض والصالح فيها بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض (وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة) وما كان أمرها بالاستدانة عليه (ومضت شهر وسقطت النفقة وكذلك

وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها) (واذا مضت مدة لم ينق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار فيها قضى لها بنفقة ماضى) لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بعوض وهو القبض والصالح فيها لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض (وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهر وسقطت النفقة) وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلوات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض

تطلبه بأن يزيد في الفرض ولو كان على قلبه كان للزوج أن ينقص (قوله وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب) لان النفقة تجب شيئا فشيئا في المستقبل فلا يقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله (قوله لم ينق عليها) بأن غاب عنها أو كان حاضرا وامتنع والحاصل ان نفقتها لا تثبت دينيا في ذمته الا بقضاء القاضي بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار في ذمته دينيا اذا لم يعطها وهو رواية عن أحد وفي رواية أخرى وهو قول مالك والشافعي تصير ديناً عليه الا إن كانت أكلت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضى عند مالك والشافعي في الأصح (قوله لانها صلة) أي من وجه (قوله وليست بعوض) أي من كل وجه بل هي عوض من وجهه دون وجهه وذلك لانها أجزاء الاحتماس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح أمر العيشة والاستئناس هي عوض ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ومن حيث انه لا إقامة حق الشرع وأمر مشتركة كعقاف كل الآخر ونحوه من غير المقاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد لقيم التكليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك الا بالقبض فلا اعتبار انها عوض قلنا ثبت اذا قضى بها أو اصطلاحا لان ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه ولا اعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح - لا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط فكان جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بعضي يسير من الزمان لما تمكنت من الانحدار أصلا وهذا حق وقد تقدم الوجه وقوله في الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على تردد هاتين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأته نكاحا وهي تجحد فاقام البينة لانه لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل أن يقول ينبغي أن تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والا فلا يخفى ما فيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة مع حبسها (قوله وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهر وسقطت) هذا تفصيل لعدم سقوط بالقضاء بحالة حياتهما وأطلقه فشمع ما اذا كان القاضي أمرها بالاستدانة أو لم يأمرها فوافق قول الخصاص والصحيح ما ذكرنا لكم الشهيد انه اذا كان أمرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بأمر من له ولاية تامة علمه عند رفع قضيتها وهو القاضي فكان كاستدائه أي الزوج بنفسه فلا تسقط بموت أحدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط (قوله لان النفقة صلة والصلوات تبطل بالموت) فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه مؤكدا

للاستحقاق اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلوات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض) وانما قيدنا بقوله وما كان أمرها بالاستدانة لانه اذا أمرها بذلك لم تسقط بموت أحدهما لان القاضي لم يأمرها بذلك كان استدانها الاستدانة الزوج لهم ولايته عليهم ما ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت فكذا اذا استدان بحكم القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض

غير صحيح لان قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ولا يلزم من جواز سقوط مالهس بمؤكدة جواز سقوط المؤكدة واجب
بان معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة أن يجب المال (٣٣٣) بمقابلة مالهس بمال وهذه كذلك فقلنا

بسقوطها بعد القضاء
بالموت قال في الايضاح انها
وان صارت ديناً عليه لكن
معنى الصلة لم يبطل عنه
والصلات تبطل بالموت قبل
القبض وقوله (وقال الشافعي)
ظاهر وقوله (وجوابه قد
يناه) اشارة الى ما تقدم
من قوله ولان المهر عوض
عن الملاء ولا يجتمع العوضان
عن معوض واحد فلا تكون

النفقة عوضاً عن البضع
قال (وان أسلفها نفقة
السنة) يعني اذا عمل لها
نفقة السنة ثم مات أو ماتت
قبل مضي المدة لم يرجع
عليه ولا على تركتها بشئ في
قول أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد يحتسب لها
بنفقة ماضى وما بقى للزوج
ان كان قائماً وقيمته ان كان
مستحقاً وهو قول الشافعي
ووجه كل من الجانبين
ما ذكره في الكتاب وهو
واضح وقوله (لانه يسير
فصار في حكم الحال) يعني
اذا أخذت النفقة الواجبة
في الحال لا تسترد بالموت
فكذلك لا تسترد ما اذ عمل لها
نفقة الشهر وقوله (واذا
تزوج العبد حرة) ظاهر قال
شمس الأئمة السرخسي فان
بيع ثم اجتمع عليه النفقة
مرة أخرى بيع ثانياً وليس

وقال الشافعي رحمه الله تصير ديناً قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون
وجوابه قد بيناه (وان أسلفها نفقة السنة) أي عملها (ثم مات لم يسترجع منها شئ) وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ماضى وما بقى فهو للزوج
وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعملت عوضاً عما تستحقه عليه
بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهم ما نه
صله وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانها محكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت
من غير استهلاك لا يسترد شئ منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر أو مادونه
لا يسترجع منها شئ لانه يسير فصار في حكم الحال (واذا تزوج العبد حرة فنفقة تدين عليه ببيع فيها)
ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيستعلق
برقبته كدين التجارة في العبد الناجر وله ان يفدى لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد
سقطت وكذا اذا قتل

للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي أن يبقى الرجوع بعد الموت كالهبنة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء
لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تأكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقياً أثر
الموت في سقوطه بسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان أقوى في ابطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على
وجهه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحياة تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد
التأكد بالقضاء فيها (فرع) ابراء الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفرضة لا يصح
لانه ابراء قبل الرجوع وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا اصح في الشهر الاول فقط وكذا
لو قالت ابراءك من نفقة سنة لا يبرأ الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا
فرض كذا كل شهر فاعا فرض مهم ما يتجدد الشهر فمال يتجدد لم يتجدد الفرض ومالم يتجدد الفرض لم
تجب نفقة الشهر فلا يصح ابراء عنها ولو ابرأته بعد ماضى أشهر عما مضى وعما يستقبل يرى
عما مضى وعن شهر (قوله وما بقى للزوج) فترده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق
والفتوى على قوله ما او الموت والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة اذ مات الزوج اختلفوا
فقيل ترد وقيل لا تسترد بالاتفاق لان العدة قائمة في موته كذا في الاقضية (قوله ولا رجوع في الصلات
بعد الموت) بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مفيد بشرط النظر والنظر ان يؤخذ
منه ويعطى لمن يلى بعده من القضاة (قوله وعن محمد) وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر
ومادونه فلها ما وضعها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد ولذا الوقبض نفقة أشهر فبات
أحدها والباقي شهر فأقل لا يرجع شئ وفي الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح
فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يرد كره محمد وهل يقاس على الموت قال الحلواني
فيه كلام وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال المختار عندى لا تسقط (قوله فنفقها
دين عليه) أي اذا قضى القاضي بها فبيع فيها فاذا اشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضي ظهر السبب
في حقه أيضاً فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى ببيع ثانياً وكذا حاله عند المشتري الثالث وهم جرا
ولا يباع مرة بعد أخرى الا في دين النفقة لانها تتجدد شيئاً فشيئاً على حسب تجدد الزمان على وجهه يظهر
في حق السيد فهو في الحقيقة دين حدث عند المشتري واما اذا لم يعلم المشتري بمجالة أو علم بعد الشراء
ولم ير ضفه لانه عيب اطع عليه (قوله باذن المولى) لانه لو كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم

في شئ من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى الا النفقة وهذا لان النفقة يتجدد وجودها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث
ولا كذلك سائر الديون فلو مات العبد سقطت النفقة ولا يترأخذ المولى بشئ لقوات محل الاستيفاء وكذا اذا قتل

وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول المكرخي انها تكون في قيمته قال الشيخ أبو الحسن القدوري الصحيح أن نسقط لانها صالحة والصلوات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب اذا تزوجا بآذن المولى والنفقة (٣٣٤) فيها ما يتعلق بالكسب (وان تزوج الحرامسة فبأوها) ظاهر وقوله

في الصحيح لانه صالحة (وان تزوج الحرامسة فبأوها مولاها ما معها من زلا فعليه النفقة) لانه تحقق الاحتباس (وان لم يموئها فإلا نفقة لها) لعدم الاحتباس والتبوة ان يخلى بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوة سقطت النفقة لانه فوات الاحتباس والتبوة غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية أحيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وأم الولد في هذا كالأمة والله تعالى أعلم بالصواب

فصل (وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الا ان تختار ذلك) لان السكنى من كفايتها فوجب لها كالنفقة وقد أوجب الله تعالى

الصحة ولو دخل بها طوبى بالمهر بعد العتق ولومات العبد بعد النكاح الصحيح والفرس سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشئ لقوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا أو مكاتبا أو ولدا لم يبيع بالنفقة لعدم حواز البيع الا أن المكاتب اذا عجز ببيع حينئذ لانه حينئذ قبل النقل هذا ولا نفقة تحب لولد العبد عليه لان أمه ان كانت أمة فالولد عبد ولا لها نفقة منه على المولى وان كانت حرة فولده حر ولا تحب نفقة حر على عبيدك ولا على مولاه لان ولده أجنبي منه وكذا المكاتب لا يجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى واذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما المولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها حتى كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه (قوله في الصحيح) احتراز عما عن المكرخي انها تنقل الى قيمته لانها خلفه قال الشيخ أبو الحسن القدوري هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط بالموت لانها في معنى الصلة والصلوات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت (قوله وان تزوج الحرامسة) قيد الحرامتاني لافرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوة وانما خصه بالذكور ليعلم النفي في الباقي بطريق الاولى فانه اذا لم تجب على الحر الذي هو أدخل في أهلية وجوب المال عليه يلزم ان لا تجب على من ذكر (قوله لعدم الاحتباس) أي من الزوج والمنع من السيد وان كان لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها لنفسها لحقها كالمرء فان فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك (قوله والتبوة غير لازمة على ما مر في النكاح) في باب نكاح الرقيق ولا شك ان حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه فاذا بواؤها فقد ترك حقه مادام لم يستردها واستردادها بعد ذلك ليس رجوعا فإسقاط بل طلب حقه فيما يستقبل أو الحال وله ذلك ولذا كان له أن يموئها ثم يستردها ثم يموئها ثم يستردها وهم جرا فكلما استردها سقطت فاذا رجع فبأوها وجبت ولو خدمت المولى أحيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل التبوة بذلك لعدم الاسترداد (قوله والمدبرة وأم الولد في هذا) أي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوة (كالأمة) ولم يذكر معها المكاتبة لانها في استحقاق النفقة اذا تزوجت بآذن المولى كالحرة فلا تحتاج

فصل (قوله ليس فيها أحد من أهله) وأما أمته فقليل أيضا لا يسكنها معها الا برضاها واختار ان له ذلك لانه محتاج الى استخدامها في كل وقت فاذا أفردتها في بيت لا يتمكن من ذلك غير انه لا يطرؤها

الى التبوة لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها (الصيرورتها) أخص بنفسها وبمنافعها بعد الكفاية بحضرتها ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة **فصل** لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى قال (وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فوجب لها كالنفقة وقد أوجب الله تعالى

فصل وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة

(فلا نفقة لها لعدم الاحتباس) قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لا جيل صداقها فينبغي أن لا تسقط وأجيب بأن الحرة اذا حبست نفسها لصداقها قالت فريوت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء مالزمه وأما ههنا فالتبوة ليس من قبل الزوج وقوله والتبوة غير لازمة جواب سؤال تقديره لما بواؤها مرة يجب عليه أن يمضي على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وتقرر بالجواب التبوة غير لازمة (على ما مر في النكاح) أي في باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بواها فبأها أن يستخدمها كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوة كما لم يزل بالنكاح وقوله (ولو خدمته الجارية أحيانا من غير ان يستخدمها) ظاهر (وأم الولد في هذا) أي في عدم وجوب النفقة (والمدبرة كالأمة) ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت بآذن المولى فهي كالحرة فلا تحتاج

الى التبوة لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها (الصيرورتها) أخص بنفسها وبمنافعها بعد الكفاية بحضرتها ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة **فصل** لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى قال (وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فوجب لها كالنفقة وقد أوجب الله تعالى

مقرونا بالنفقة واذا وجب حقها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تنضرب به فانها لا تأمن من على
متاعها وينبغي ان ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان يختار لانها راضية بانتفاص حقها (وان
كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها) لما بينا ولو اسكنتم في بيت من الدار مفرد وله غلق كفها لان
المقصود قد حصل (وله ان يمنع والديه او ولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها) لان المنزل ملكه وله
حق المنع من دخول ملكه (ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في أى وقت اختاروا) لما فيه من
قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار والدوام
لان الفتنة في اللبث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعهم من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهم من الدخول
عليها في كل جمعة وفي غيرها من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح

بمحضرها كما انه لا يحل له وطء زوجته بمحضرتها ولا بمحضرة الضرة (قوله مقرونا بالنفقة) في قوله تعالى
أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وكذلك قرأ ابن عباس
والسكنى بالملك أو الاجارة أو العارية واجبة اجماعا (قوله ليس له ان يسكنه معها) قيل الا أن يكون
صغيرا لا يفهم الجماع فله اسكانه معها (قوله ولو اسكنتم في بيت من الدار مفرد وله غلق كفها) اقتصر
على الغلق فأفاد انه وان كان الخلاه مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه وليس لها أن تطالبه بمسكن آخر
وبه قال القاضي الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد من
كون المسراد كون الخلاه مشتركا بينهم وبين غير الاحاب والذى في شرح المختار ولو كانت في الدار
بيوت وأبت أن تسكن مع نضرتهم أو مع أحد من أهلها أن أخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلة على حدة
ليس لها أن تطلب بيتا ولو شكت انه يضربها أو يؤذيها أن علم القاضي ذلك زجره وان لم يعلم سأل من
جيرانه فان لم يوثق بهم أو كانوا يميلون اليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضي على خبرهم (قوله لما فيه) أى
المنع من المكالمة (من قطيعة الرحم) في الصحيح لا يدخل الجنة فاطع وفيه من حديث أبي هريرة رضى الله
عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرحم شجرة من الرحمن قال الله من وصلك وصلته ومن قطعك
قطعته والشجرة بكسر الشين وضمة قال أبو عبيد قربة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي
بمعنى بالشجرة الوصلة (قوله وقيل لا يمنعهم من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهم من الدخول اليها في كل
جمعة) ظاهر الخلاصة ان في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخولها فانه قال في الفتاوى للزوج أن
يضرب المرأة على أربع خصال وما هو في معنى الأربع ترك الزينة والزواج يريد ما ترك الاجابة اذا
دعاها الى فراشه وترك الصلاة وفي رواية والغسل والخروج من البيت اما لا تمنع من زيارة الابوين
في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا اذا أراد أبوها أو قرينها أن يجي إليها على هذا
الجمعة والسنة انتهى وقوله هو الصحيح احتراز عما ذهب اليه ابن مقاتل من أنه لا يمنع المحرم من الزيارة في
كل شهر وعن أبي يوسف في النوادر قيد خروجها بأن لا يقدر على اتيانها فان كانا يقدرا على اتيانها
لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء لا يشق عليهما مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع وقد
اختار بعض المشايخ منعها من الخروج اليها وقد أشار الى نقله في شرح المختار والحق الاخذ بقول أبي
يوسف اذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغي ان يأذن لها في زيارتهما في الحين
بعد الحين على قدر متعارف أما في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا اذا
كانت شابة والزواج من ذوى الهيات بخلاف خروج الابوين فانه أيسر ولو كان أبوها زنا مشلا وهو
محتاج الى خدمتها والزواج بمنعها من تعاهده فعليه أن يقضيه مسلما كان الاب أو كافرا وفي مجموع
النوازل فان كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لا آخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن
والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعبادتهم والولاية لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت

قال المصنف (وقيل لا يمنعها
من الخروج الى الوالدين الخ)
أقول وفي مجموع النوازل
فان كانت قابلة أو غسالة
أو كان لها حق على آخر
أو لا آخر عليها حق تخرج
بالاذن وبغير الاذن والحج
على هذا وما عدا ذلك
من زيارة الاجانب وعبادتهم
والولاية لا يأذن لها ولا
تخرج ولو أذن وخرجت
كانا عاصيين وتمنع من الحمام
قال ابن الهمام وقول الفقيه
وتمنع من الحمام خالفه
قاضي خان قال في فصل
الحمام ممن فتواه دخول
الحمام مشروع للرجال
والنساء جميعا الى آخر
مأثله

(واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار والديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به) لانه لما أقر بالزوجة والوديعه فقد أقر أن حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقهما من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا فانه لو أنكر أحد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بمخصم في اثبات الزوجة عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب

(واذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالزوجة وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار والديه) وان لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك لانه لما أقر بالزوجة والوديعه فقد أقر بأن لها حق الاخذ لان لها أن تأخذ من مال الزوج حقهما من غير رضاه لحدوث ههنا امرأة أبي سفيان واقرار صاحب اليد مقبول في نفسه لاسيما ههنا فان اقراره ههنا أشد قبولا من اقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعين طريق اثبات الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينه (فانه لو أنكر أحد الامرين من الزوجية أو الوديعه لا تقبل بينة المرأة فيه) أي في أحد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات الزوجية فالمودع ليس بمخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعه فالمرأة ليست بمخصم في اثبات حقوق الغائب

(قوله لتعين طريق اثبات الحق) أقول أي عند القاضي (قوله لعدم اثباته الخ) أقول أي لعدم امكان اثباته

كانا عاصمين ونقمع من الحمام فان أرادت أن تخرج الى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سال الزوج من العالم وأخبرها بذلك لاسيما الخروج وان امتنع من السؤال يسعها أن تخرج من غير رضاه وان لم يكن لها نازلة ولكن أرادت أن تخرج لتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلاة ان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها أن يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى أن يأذن لها أحيانا وان لم يأذن فلا شيء عليه ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها نازلة وفي الفتاوى في باب القراءة المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج في حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان أعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذن الزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان أو غلاما وكذا أبوها المجوسى والمحرّم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر أو اثنا عشر سنة ولا تكون المرأة محرما لامرأة وحيث أجنبها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى ما لا يكون داعية الى نظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه ونقمع من الحمام خالفه فيه فاضيقان قال في فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروعا للنساء والرجال جميعا خلا لما قاله بعض الناس روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالدين الوليد دخل حمام حصص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف في منعهم من دخوله للعلم بان كثرة ما من مكشوف العورة وقد وردت أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منافي للنسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بغير تزور ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليته الحمام وعن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء أمي رواه الحساكم وقال صحيح الاسناد وورد استثناء النساء والمرضة رواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ستفخ عليكم أرض العجم وسجودون فيها بيوتها يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الامرضة أو نساء وفي سندهما عبد الرحمن بن زباد بن أنعم الافريقي وهو يختلف فيه قال أحمد ليس بشيء قال ابن حبان يروى الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذرى وفيما قاله نظر لم يذكر البخاري في كتاب الضعفاء وكان يقوى أمره ويقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطني ليس بالقوى وثقه يحيى بن سعيد وروى عياش عن يحيى بن معين ليس به بأس وقال أبو داود قلت لأحمد بن صالح أيجب به يعني عبد الرحمن بن زباد فقال نعم (قوله يعترف به وبالزوجة) في حق الزوجة كان ينبغي أن يزيد قوله وبالنسب في الولد والولد لانه ترتب على ما ذكر من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار والديه (قوله وكذا اذا علم القاضي ذلك) أي كلا الامرين اما لو علم أحدهما احتاج في القضاء بالدفع اليهم الى اقرار من عنده أو عليه في الصحيح دون البينة (قوله واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا) فانه أولى ان يقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لها مما في يده أو عليه اذا كان ديننا وذلك لانه لا طريق الى اثبات حق الاخذ لها مما في يده أو عليه اذا كان ديننا الا اعترافه بخلاف غيره فان الحق ثبت فيه بالبينة كما ثبت بالاعتراف ولا سيما من كرم من لا نافية للجنس ومنه ما هو موسى ومعناه المثل قال الشاعر

واذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب لكون ما أقرب ملكه وطول بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا حضر صاحب الدين غير غيبا للغائب أو مودعاه وهما معترفان بشئ من المدعى على الغائب فإن القاضي لا يأمر بقضاء دينه من الوديعة والدين واجب بأن أمر القاضي في حق الغائب انما هو للنظر له وفي الأمر بالاتفاق على المرأة ذلك ابقاء ملكه وليس في قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا حاز للقاضي ان يأمر المودع بالاتفاق عليها بالينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذي لا يتحمله أولى وكذا اذا كان المال في يده مضاربة لانه أمانة من وجهه وكذا اذا كان ديناً (٣٣٧) وقوله (وهذا) أى ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة

جواز فرض القاضي النفقة
اذا كان المال من جنس
حقها في النفقة دراهم أو
دنانير أو طعاماً أو كان ثياباً
من جنس حقها في الكسوة
أما اذا كان المال من خلاف
جنسه فلا يفرض النفقة
فيه لانه يحتاج الى البيع
ولا يباع مال الغائب ههنا
الاتفاق اما عند أى حنفية
فلانه لا يباع على الحاضر لان
البيع عليه انما يكون بطريق
الخروج والخروج على الحر العاقل
البالغ عنده غيره صحيح فكذا
على الغائب بل بالطريق
الاولى وأما عند ههنا ان كان
يقضى على الحاضر لانه يعرف
امتناعه المشروط في جواز
البيع فلا يقضى على الغائب
لعدم ذلك قال (وبأخذ منها
كفيلها نظر الغائب) من
عنده المال اذا اعترف به
وبالزوجة ينظر القاضي
فصلها عنها ما استوفت
النفقة فاذا حلفت دفع
اليها النفقة وأخذ منها
كفيلها جواز ان يحضر الزوج
فيقيم البينة على ابقاء نفقتها
فان اتفق ذلك كان الزوج
مخيراً اخذها بما شاء من المرأة
والكفيل وكلامه واضح

واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير أو طعاماً أو كسوة من جنس حقها أما اذا كان من خلاف جنسه لا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند أى حنفية رجه الله فلانه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب وأما عند ههنا فلانه ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضى على الغائب لانه لا يعرف امتناعه قال (وبأخذ منها كفيلها) نظر الغائب لانها رجا استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لانعلم وارثاً اخرجت لا يؤخذ منهم الكفيل عند أى حنفية لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج

فاياكم وحيه بطن واد * هموس الناب ليس لكم بسى
أى بمثل ولا شبهه وهو واحدسيان من قولك هما سيان وأصله سوى قلبت الواو ياء الساكونها بعد كسرة
أول اجتماعها مع الياء وسبق احدهما بالساكون فان جررت ما بعد ما كريد مثلاً في قولك أكرمنى القوم
لا سيماريد فهو على أن ساءمضاف الى زيد وما زاد متعمم كقوله
كل ما حى وان أمروا * وارد والحوض الذى وردوا
وان رفعته فعلى أن ساءمضاف الى ما هو موصول اسبى حذف صدر صلتها والتقدير لا مثل الذى هو زيد
وجاز كونه مضافاً مع أن اسم لا يجب كونه تكرر لانه بمعنى مثل ومثل لا يعرف بالاضافة وخبر لا محذوف
واذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الاصل في الجر بالزيادة بين المضاف والمضاف اليه وفي
الرفع بمحذف صدر صلة الموصول وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع لان
زيادة ما أوسع من حذف المتبداً مع ما ينضم اليه من كونه في خصوص ذلك الموقع وقيد بالزيادة ما في
نفسه كثير ولكن بين المتضايقين ممنوع فتكافأ وأما نصب ما بعد ما فقال ابن الدهان صاحب الغرة
لا أعرف له وجهاً وعن هذا الميزان معط في فصوله في المستثنى بلا سيما سوى الجر والرفع وذكريت
امرئ القيس الأرب يوم لك منهن صالح * ولا سيما يوم بدارة لجليل
بالوجهين ولم يذكروا فيه النصب لكن قد روى النصب فيه أيضاً فقيل على الظرف وقيل على التشبيه
بالمفعول وقيل مجموع لاسيما بمنزلة الا ومعنى الاخراج الذى يقتضيه الا فيها هو الاخراج من ذلك الحكم
بأثبت ما هو أبلغ منه فاذا قلت أكرمنى القوم لاسيما زيد فقد أثبت له أبلغ من اكرامهم وقد جاء تخفيفها
بمحذف احدى الياءين فقيل الاولى لانها ساكنة وهو أضعف من المتحرك فكان حذفه أولى وقيل الثانية
لانها لام والاعلال في اللام أولى (قوله واذا ثبت في حقه) باقراره ان حق الاخذ لها ما في يده (تعدى
الى الغائب ضرورة) أورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لوجه صاحب الدين يعود أو يمدون
للاغائب معترف بالدين والوديعة فانه لا يقضى عليه بالدفع الى صاحب الدين وأجيب بأن القضاء يتبع
النظر للغائب ففي الأمر بالاتفاق نظره بابقاء ملكه الثابت بالكساح وابقاء ما هو في معنى نفسه أعنى
قرباة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير (قوله فانه لا يباع على الحاضر) حتى

(٤٣ - فتح القدير ثالث) (قوله وأجيب بأن أمر القاضي الى قوله بازالة ملكه) أقول وفيه اعتراف باحتياج ما ذكر في مقام التعليل الى ضمنية ليستم (قوله بالاتفاق عليها بالبينة الخ) أقول فيه بحث لما تقدم اتفاقاً طريق اثبات الحق هنا منحصراً في اقراره والجواب ان مراده بالبينة هو اقرار المودع (قوله وقوله وهذا) أى ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة الخ) أقول لازوجة أو الولد أو الوالد على تقدير اعتراف المودع أو المضارب أو المدون بكلا الأمرين أو علم القاضي بذلك وهذا معنى قول المصنف كله كالا يخفى (قوله امتناعه المشروط) أقول قوله المشروط صفة الامتناع

(ولا يقضى بنفقة في مال غائب الالهؤلاء) يعني زوجة الغائب وولده الصغار والديه أما غيرهم من المحارم كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات فلا يقضى بنفقة فيهم فيه وجه الفرق ما ذكره في الكتاب وقوله (لأنه محتمد فيه) قيل لأن الشافعي لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظري سأتى وقوله (ولو لم يعلم القاضي بذلك) متصل بقوله وكذلك إذا علم القاضي بذلك وقوله (و) لو (لم يكن) يعني الرجل (مقرابه) متصل بقوله يعترف به وبالزوجة وقوله (فأقامت البينة على الزوجة) يعني في صورتين إذا كان غنة وديعة ولكن ينكر الزوجة أو أقامتها ليفرض القاضي نفقة فيما إذا لم يخلف ما لا ولم يعلم القاضي بالزوجة وكلامه ظاهر وقوله (في هذه المسئلة) أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها) من تلك الأقاويل ما ذكره من قولهم إذا جحد المديون أو المودع الزوجة بينهما والمال في يده فقد كان أبو حنيفة يقول أو لا تقبل بينتها على الزوجة ثم رجع فقال لا تقبل (٣٣٨) بينتها ومنها ما إذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضي أن يسمع بينتها على النكاح ليفرض

ويحلفها بالله ما أعطاه النفقة نظر الغائب قال (ولا يقضى بنفقة في مال غائب الالهؤلاء) وجه الفرق هو أن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي إعانة لهم أما غيرهم من المحارم فنفقة لهم إنما تجب بالقضاء لأنه محتمد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرابه فأقامت البينة على الزوجة أو لم يخلف ما لا فأقامت البينة ليفرض القاضي نفقة على الغائب وبأمرها بالاستدانة لا يقضى القاضي بذلك لأن في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضى فيه لأن فيه نظر الها ولا ضرر فيه على الغائب فإنه لو حضر وصدقه فقد أخذت حقها وإن جحد يخلف فإن نكل فقد صدق وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها وإن عجزت بضمن الكفيل أو المرأة عمل القضاة اليوم على هذا أنه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو محتمد فيه وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها لم يذكرها

بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب وبأمرها بالاستدانة لم يجب إلى شيء من ذلك لأن هذا قضاء على الغائب وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما وأما قول أبي حنيفة الأول وهو قول زفر يجيبها إلى ذلك وهو المذكور في الكتاب وإن كان للغائب دين أو وديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي بأمره أو لا بالاتفاق من الوديعة لأن القاضي نصب ناظرا ونظر الغائب في البداية بالوديعة لأنها تحتل الهلاك بخلاف الدين

قال المصنف (ويحلفها بالله ما أعطاه النفقة نظرا للغائب) أقول وفي غاية البيان ولم يحتل بها ولا أراة منها اه وفيه بحث الآن يراد الإبراء في صورة الاختلاع قال المصنف (أما غيرهم من المحارم فنفقة لهم إنما تجب

لواستع من أداء الدين وعند أموال غير الأثمان لا يبيع عليه القاضي بل بأمره أن يبيع هو ويقضى فإن لم يفسل حبسه أبد حتى يبيع لأن البيع عليه حجر عليه ولا يجبر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر إذا امتنع من البيع (قوله ويحلفها بالله ما أعطاه النفقة) ثم إذا جاء الغائب فهو على حجه في إعطاء النفقة وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء من ماله شرعا أصله حديث هند أم أبي سفيان المتقدم وعن هذا قلنا لو كان للغائب مال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجة أطلق الإخذ منه ولا يكون هذا قضاء بل إيفاء والإيفاء لا يمنع بسبب الزوجة ألا يرى أن من أقرب دين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضي الإيفاء منه أجابه إلى ذلك (قوله الالهؤلاء) وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ويستدرك عليه الأولاد الكبار الأناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم كالصغار للعجز عن الكسب (قوله فنفقة لهم إنما تجب بالقضاء) لاشك أن الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه أن ينفق عليهم إذا كانوا فقرا عديا وناغا المراد أنهما كانا محتمداه فيه فقد امتنع عما كقول من يرى أن لا تجب النفقة فلا يعين عليه قول الوجوب إلا القضاء به فينتفى تأويله ويقرر في ذمته ويجبر عليه إذا امتنع وفي الكافي لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي بأمر بالاتفاق من الوديعة أولا لأنه أنظر للغائب فإن الدين محفوظ لا يحتل الهلاك بخلاف الوديعة (قوله وفي هذه المسئلة) أقاويل مرجوع عنها) منها قول أبي

بالقضاء) أقول قال تاج الشريعة يعني أن الادعاء لا يجب به أما نفس الوجوب فنثبت عندنا اه حنفية والافليس للقاضي إيجاب ما لم يكن أوجب به الشرع لأنه لا يكون قد شرع وليس ذلك لغير رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله وفيه نظر سياتي) أقول يعني سأتى بعد وقتين ولعل وجه النظر أنها ثابتة بالدليل القطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فخلاف الشافعي رحمه الله لا يعنديه بخلاف ابن المسيب في التحليل بالنكاح وخلاف الشافعي في حل متروك التسمية عامدا وسيمصرح الشارح إن الآية دليل قطعي في ذلك في العتاق قال المصنف (ولو لم يعلم القاضي الخ) أقول ولو علم القاضي بالزوجة دون المال واعتترف المودع بالمال دون الزوجة ينبغي أن يفرض النفقة ولم أر بعد عن المسئلة (قوله يعني في صورتين) أقول بل ذلك في الصورة الأولى وأما أقامتها في الصورة الثانية فيجوز أيضا عقبيه (قوله ومنها ما إذا لم يكن للزوج الخ) أقول فيه تسامع والمراد ظاهر

(فصل) لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهم ما شرع في بيانها بعد (٣٣٩) المفارقة (وإذا طلق الرجل امرأته

فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعا كان أو بائنا وقال الشافعي لا نفقة للبنت إلا إذا كانت حاملا أما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فإنه يحل له الوطء وأما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا يجب للتوفى عنها زوجها إلا بعد ما إذا كانت حاملا لا ناعرفناه بالنص وهو قوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن الآية ولنا أن النفقة جزء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذا العدة واجبة لصيانة الولد فوجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع

(فصل) أولاد إذا جحد المديون أو المودع الزوجية تسمع بينهما على الزوجية لأنها تدعى حقا فيما بيده من المال بسبب فكأن خصما في إثبات ذلك السبب كمن ادعى بيتا في يد إنسان أنه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع إلى أنها لا تقبل منه وهو قولهما لأنها ثبتت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصم فيه ومنها ما قال به زفر رحمه الله من سماع بينهما على الزوجية ليفرض لها إذا لم يكن له مال حاضر وبأمرها بالاستدانة ثم رجع إلى قولهما وقول زفر في ذلك متقرر ونقل مثل قول زفر عن أبي يوسف فقوى عمل القضاة لحاجة الناس إلى ذلك **(فروع)** في الفتاوى امرأة قالت إن زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلا بالنفقة قال أبو حنيفة ليس لها ذلك وقال أبو يوسف أخذ كفيلا بالنفقة شهر واحد استعسنا وعليه الفتوى فلو علم أنه يمكث في السفر أكثر من شهر أخذ عند أبي يوسف الكفيل بأكثر من شهر وعن أبي يوسف أيضا لو كفل بنفقة ما عاشت أو كل شهر أو ما بقى النكاح بينهما ما صح وقال أبو حنيفة هو على شهر واحد ولو ضمن لها نفقة سنة جاز أن لم تكن واجبة ولو طلقها رجعا أو بائنا والمسئلة بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لأن العدة من أحكام النكاح

(فصل) (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للبنت) وهي المطلقة ثلاثا والمختلعة إذا لا ينونة عنده بغير ذلك (الآن تكون حاملا) فإن في بطنها ولده وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعر فخطبته فقال والله مالك علينا من سبيل فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم لم فقال ليس لك نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فإذا حلت فأذني قالت فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأباجهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبوجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحى أسامة ابن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واعتبطت به وأخرجه مسلم أيضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه أيضا وقال فيه أن أبا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطبيقه كانت بقيت من تطليقها وعلى هذا فحمل رواية الثلاث على أنه أوقع واحدة هي تمام الثلاث وأمرها بالحرث بن هشام وعياش بن أبي ربيعة بنفقة فخطبها فقال والله ليس لك نفقة إلا أن تكوني حاملا فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد أبو داود في هذا بأسناد مسلم عقيب قول عياش بن أبي ربيعة والحرث بن هشام ولا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا وفي شرح الكتر نسبه إلى مسلم لكن الحق ما علمت وفي رواية لمسلم أن أبا حفص بن المغيرة الخزرجي طلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة فأنطلق خالد بن الوليد في نذر فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب أن شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارضه بحديثه والتحقيق في هذا الحديث

(فصل) (وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعا كان أو بائنا) وقال الشافعي لا نفقة للبنت إلا إذا كانت حاملا أما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فإنه يحل له الوطء وأما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا يجب للتوفى عنها زوجها إلا بعد ما إذا كانت حاملا لا ناعرفناه بالنص وهو قوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن الآية ولنا أن النفقة جزء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذا العدة واجبة لصيانة الولد فوجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع

(فصل) (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للبنت) وهي المطلقة ثلاثا والمختلعة إذا لا ينونة عنده بغير ذلك (الآن تكون حاملا) فإن في بطنها ولده وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعر فخطبته فقال والله مالك علينا من سبيل فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم لم فقال ليس لك نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فإذا حلت فأذني قالت فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأباجهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبوجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحى أسامة ابن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واعتبطت به وأخرجه مسلم أيضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه أيضا وقال فيه أن أبا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطبيقه كانت بقيت من تطليقها وعلى هذا فحمل رواية الثلاث على أنه أوقع واحدة هي تمام الثلاث وأمرها بالحرث بن هشام وعياش بن أبي ربيعة بنفقة فخطبها فقال والله ليس لك نفقة إلا أن تكوني حاملا فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد أبو داود في هذا بأسناد مسلم عقيب قول عياش بن أبي ربيعة والحرث بن هشام ولا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا وفي شرح الكتر نسبه إلى مسلم لكن الحق ما علمت وفي رواية لمسلم أن أبا حفص بن المغيرة الخزرجي طلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة فأنطلق خالد بن الوليد في نذر فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب أن شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارضه بحديثه والتحقيق في هذا الحديث

(فصل) (وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعا كان أو بائنا) وقال الشافعي لا نفقة للبنت إلا إذا كانت حاملا أما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فإنه يحل له الوطء وأما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا يجب للتوفى عنها زوجها إلا بعد ما إذا كانت حاملا لا ناعرفناه بالنص وهو قوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن الآية ولنا أن النفقة جزء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذا العدة واجبة لصيانة الولد فوجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع

أقول فيه أن مفهوم الغاية غير معتبر عند الحنفية على ما صرح به الشارح في كتاب البيوع وإن صرح غير بخلافه والأولى أن يستدل بوجوع الضمير إلى المطلقات فإن سباق النظم فيهن الآن يكون المراد الالتزام

النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة وأجيب بأن الفائدة رفعت الاشتباه وبيانه ان الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء وكان يشتبها بأن الحامل أيضا تستحق ذلك المقدار أو زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن وقوله (ولادع كتاب ربنا) يريد به قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ووجه ذلك أن الوجه هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما عليه أما الاسكان فانه قد علك اسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الانفاق من غير ملكه وكان تقديره والله أعلم ما ناله ابن مسعود وأنفقوا عليهم من وجدكم وقوله (سنة نبينا) يريد به قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت في العدة وقوله (ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة ابن زيد) هو زوج فاطمة الراوية فان أسامة كان اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده وقالت عائشة تلك المرأة قتلت العالم أي بروايتها هذا الحديث

وقوله (ولانفقة للمتوفى عنها زوجها) ظاهر

وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضي الله عنه فانه قال لادع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندري صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت في العدة ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم (ولانفقة للمتوفى عنها زوجها) لان احتسابها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التبرص عبادة منها

ضد كل من هذه الامور ما طعن السلف فقد طعن عليها في كبر الصحابة من سنذ كرمع انه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوى امرأة ولا كون الراوى اعرابيا فقد قبلوا حديث فريضة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري في اعتماد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها مع انها لاتعرف الا في هذا الخبر بخلاف فاطمة بنت قيس فانها تعرف بذلك الخبر وبخبر الدجال حفظته مع طوله ووعته وأدته ثم قد ظهر لها من الفقه ما أفاد علما وجلالة قدر وهو ما في صحيح مسلم من ان مروان أرسل اليها في قصة بن أبي ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به فقال مروان لم اسمع هذا الحديث الا من امرأة نسناخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بيني وبينكم القرآن قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة الى قوله تعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فأى أمر يحدث بعد ذلك فكيف تقولون لانفقة لها اذا لم تكن حاملا فعلا لم تحبسوها وقبل عرض الخبر الضعيف بن سفيان الكلبي وحده وهو اعرابي فجز من ان رده عمر وغيره لخبرها ليس الا لما علموه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بخالفه وقد استقر الحال عليه بعد وفاته صلى الله عليه وسلم بين السلف الى ان روت فاطمة رضي الله عنها هذا الخبر مع ان عمر رده وصرح بالرواية بخلافه في صحيح مسلم عن أبي اسحق قال كنت مع الاسود بن يزيد جالس في المسجد الاعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فأخذ الاسود كفاسا فخص به وقال وبك تحدث بمثل هذا قال عمر لا تترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لاندري حفظت أم نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فقد أخبرنا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لها النفقة والسكنى ولا رب في أن قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف اذا كان قائله عمر رضي الله عنه وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للطلقة ثلاثا النفقة والسكنى وقصارى ما هنا ان تعارض روايتها بروايته فأى الروايتين يجب تصديعها وقال سعيد بن منصور حدثنا أبو معاوية حدثنا الأعمش عن إبراهيم قال كان عمر رضي الله عنه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نغير في ديننا بشهادة امرأة فهذا شاهد على انه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فينزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والثقة اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان نسناخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذا ذلك هم الصحابة فهذا في المعنى حكاية اجماع الصحابة ووصفه بالعصمة وفي الصحيحين عن عروقة انه قال لعائشة أم ترى الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت فقال ألم تسمعي الى قول فاطمة فقالت أما انه لا خير لها في ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلمة عنه وكانت عائشة اعلم بأحوال النساء فقد كن يأتين الى منزلها ويستفتين منه صلى الله عليه وسلم وكثر وتكرر وفي صحيح البخارى عن عائشة رضي الله عنها قالت لفاطمة ألا تنتقي الله تعالى تعفى في قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضي اسمعيل حدثنا نصر بن علي حدثني أبي عن هرون عن

محمد بن اسحق قال أحسبه عن محمد بن إبراهيم أن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس انما أخرجك هذا
اللسان يعني انها استطالت على أجنائها وكثر الشر بينهم فأخرجها عليه الصلاة والسلام لذلك
ويفيد ثبوته عن عائشة أن سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة وأعظم متبع لأقوال
من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ولولا أنه علمه عنهما قاله وذلك ما في أبي داود من حديث
ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدعيت إلى سعيد بن المسيب فقلت لفاطمة بنت قيس طلقت
فخرجت من بيتهم فقال سعيد تلك امرأة قتلت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن أم مكتوم
وهذا هو المناسب لنصب ابن المسيب فإنه لم يكن لينسب إلى صحابة ذلك من عند نفسه وكذا هو والله
أعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه أبو داود في سننه
عنه وعن رده زوجها أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني
الليث بن سعد حدثني جعفر عن أبي هريرة عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال كان محمد بن أسامة بن زيد
يقول كان أسامة إذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك يعني من انتقالها في عدتها ماها في يده انتهى هذا
مع أنه هو الذي تزوجها بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أعرف بالمكان الذي نقلها عنه إلى منزله
حتى بنى بها فهذا لم يكن قطعا إلا لعلمه بأن ذلك غلط منها أول علمه بخصوص سبب جواز انتقالها
من اللبس أو خيفة المكان وقد جاء ذلك أيضا ولم يظفر المخرج رحمه الله بحديث أسامة فاستغربه والله
الميسر وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب قال أخبرنا أبو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث
فاطمة قال فأنكر الناس عليهما كانت تحدث من خروجها قبل أن تحبل وفي مجمع الطبراني بسنده عن
إبراهيم أن ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قال المطلق ثلاثا لها السكني والنفقة وأخرج الدارقطني
عن حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلق ثلاثا لها النفقة
والسكني قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث أبي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع أو كان عن الليث
عن أبي الزبير وحرب بن أبي العالية أيضا لا يحتج به ضعفه ابن معين والاشبه وفقه على جابر وهذا بتقدير
تسليم ما ذكره من توهين رفعه يرد قول من ذكر أن جابرا على قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض
والطعن وأما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفي بعضها انه طلقها
ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته وفي بعضها ان خالد
ابن الوليد ذهب في نفر فسأله صلى الله عليه وسلم وفي بعض الروايات سمى الزوج أبا عمرو بن حفص
وفي بعضها أبا حفص بن المغيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث
ومن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين مع ابن المسيب شريح والشعبي
والحسن بن حي والأسود بن يزيد ومن بعدهم الثوري وأحمد بن حنبل وخلق كثير عن تبعهم فان
قبل هذا العذر بتقدير ثبوته انما أسقط تلك السكني والحال انه صلى الله عليه وسلم قال لها لا نفقة لك
ولا سكني قلنا ليس علينا أول أن نشغل ببيان العذر عما روت بل يكفي ما ذكرنا من انه شاذ مخالف
لما كان الناس عليه ولم يروى عمر في تركه كما تناهوا في نفسه ما كان الآن الاشتغال بذلك حسن جلا
لمرويهما على الصحة ونقول فيه ان عدم السكني كان لما سمعت وأما عدم النفقة فلان زوجها كان
غائبا ولم يترك ما لا عند أحد سوى الشعر الذي بعث به اليها فطالبت به أهله على ما في مسلم من طريقه انه
طلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال صلى الله عليه وسلم
لها لا نفقة لك ولا سكني على تقدير صحة لانه لم يخلف ما لا عند أحد وليس يجب لك على أهله شيء فلا
نفقة لك على أحد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض عنه صلى الله عليه وسلم فجعلت تروي نفقة
مطلقا فوقع انكار الناس عليها ثم ان في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد

وقوله (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبل ابن الزوج فلا نفقة لها) انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة باى فرقة كانت لان القرار فى البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فتسقط بمعصية من قبلها وأما الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام فى مبسوطه وهما انما تسقط نفقة المرتدة اذا اخرجت للمبى من بيت العدة وأما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للمبى فلها النفقة (وان طلقها ثلاثاً ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة) والفرق ما ذكره فى الكتاب وهو واضح قال فى النهاية وهذا الذى ذكرنا كـله فى الطلاق البائن والطلاق الثلاث وأما المعتدة بالطلاق الرجعى اذا وطئها ابن الزوج أو قبلها بشهوة وهى مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعى لا يقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة لسبب وجده منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن

ألا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شياً قنياً ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها فى ملك الورثة (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبل ابن الزوج فلا نفقة لها) لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشئة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم فى حق المهر بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها بالاستيفاء المهر (وان طلقها ثلاثاً ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها) من نفسها (فلها النفقة) معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلاق الثلاث ولا عمل فيه الردة والتكئين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم ان المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له وهذه الآية انما هى فى البوائى بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه ولا تضاروهن لتضيقة عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يوضعن حملهن ولو كانت الآية فى غير المطلقات أوفى الرجعيات كان التقدير أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يوضعن حملهن ومعناه انه لا معنى حينئذ لجعل غاية ايجاب الاتفاق عليها الوضع فان النفقة واجبة لها مطلقاً كما كانت أولاً وضعت حملها أولاً بخلاف ما اذا كانت فى البوائى فان فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على الممتدة الحامل فى تمام مدة الحمل لطولها والاعتصار على ثلاث حبض أو ثلاثة أشهر وكذا قوله تعالى لا تضاروهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأنين بفاحشة مبينة فانه عام فى المطلقات وقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف يرجع الى الرجعيات منهن وذ كر حكم خاص ببعض ما يتناول الصدر لا يبطل عموم الصدر (قوله ألا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها) استيضاح على ان وجوبها للحق الشرع عبادة فانها لو لم تحض فيه انتقضت العدة مالم يظهر حمل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاؤها اذا لم تعلم بموتها حتى مضت مدة العدة وأنت اذا أنمت النظر فيما ذكرنا فى باب العدة فى مسئلة تدخل العتدين ظهر لك جواب هذا فارجع اليه وأتقنه (قوله وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية) احذر زبه عما يجيى من قبل الزوج مطلقاً وما يجيى من قبلها بغير معصية فان لها النفقة فيها والحاصل ان الفرقة اما من قبله أو قبلها فى الاول لها النفقة مطلقاً سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقة أو لعانه أو غته أو جبه بهداخله وبشكل على ايجاب النفقة للملاعة ما قدمناه فى باب اللعان فى الحديث من انه صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها يتاولا قوتاً عليه أو بمعصية مثل الفرقة بتقبل بنت زوجته أو ابنته مع عدم فيه حتى مضت أربعة أشهر أو ابنته الاسلام اذا أسلمت هى أو ارتدت هو فعرض عليه الاسلام فلم يسلم لان معصيته لا تحرم هى النفقة وأما الثانى فاما بمعصية مثل تكئينها ابن الزوج أو ابنته اذا أسلم هو وهى وثنية أو مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لانها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشئة واما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ووطء ابن الزوج لها مكرهه تجب لانها حبست نفسها بحق لها أو عذرت شرعاً فيه ولها السكنى فى جميع الصور لان القرار فى منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها أما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها (قوله بخلاف المهر بعد الدخول) يعنى انه يجب لها وان جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب له وهو تسليم نفسها فترحق لها فيه قبل طرو المعصية (قوله وان طلقها ثلاثاً ثم ارتدت سقطت نفقتها) لالعين الردة هنا لان الفرقة لم تجب بسببها فهى وتكئينها ابن الزوج بعد الطلاق

(فصل) نفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركة فيه أحد كما لا يشاركة في نفقة الزوجة

الثلاث سواء فكل لا تسقط النفقة بآتمكين من هذا لا تسقط والعياذ بالله بالردة فانما تسقط في هذه الزدة اذا أخرجت وحسبت اذ لا نفقة للحبوسة كما أشار إليه المصنف في التعليل أو اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الزدة كان لها النفقة ولو حبست أو لحقت فعادت الى الاسلام ورجعت الى بيتها عادا استحقاقها للنفقة وما ذكر في الجامع من قوله ولو عادت الى بيتها مسلمة أو مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد المحاق بخالفه ما ذكر في الذخيرة ولو عادت الى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى ووفق يحمل المذكور في الجامع على ما إذا حكم بالمحاقها وما في الذخيرة على ما قبل الحكم بخلاف ما إذا وقعت الفرقة بالردة فانها لو أسلمت وعادت الى منزل لا تجب لها نفقة لانها المقنونة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها الى المنزل مسلمة ولو كان تمكينها وردتها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كولو كان قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي وفي شرح الطحاوي الاصل ان كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت الى حال لا نفقة لها فلها أن تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده فلو طلق الامة بآتمينا وكانت مبرأة معه بيتا فأخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان أعادها الى بيت الزوج تأخذ النفقة ولو لم يكن بؤها المولى فطلقت فأراد أن يوثقها مع الزوج في العدة وتأخذ نفقتها لا تجب النفقة وأورد عليه ما لو كانت ناشئة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل في العدة فانها تعود نفقتها وأوجب بان النفقة كانت واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها أن تعود فتأخذه وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور ولو نطأوا في العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الاياس فتعبد بثلاثة أشهر وعن هذا قلنا لو صالح المعتدة على نفقة العدة بشيء معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال أن يعتد الطهر بها واذا لم تطالب بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتي في العصمة الا أن تكون مفروضة ولو أبرأته عن النفقة في المستقبل وهي زوجه لم يصح ولو أبرأته عنها في عقد الخلع صح لان البراءة في الخلع ابراءه ووض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز وأما الاول فالبراءة اسقاط واسقاط الشيء قبل وجوبه لا يجوز ثم القول قول المطلقة في انقضاء العدة مع عينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت حبلا وأنفق عليها الى سنتين فان قالت بعدهما كنت اعتمدته حبلا فظهر انه ليس اياه وأنا حائل لم أحض وقال بل ادعت الحمل كذبا وظهر كذبك فلان نفقة لك لا يلتفت القاضي الى قوله وبأمره بالاتفاق حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل في سن الاياس فتعبد بثلاثة أشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلاثة أشهر وقال القاضي لا تنقض عدها بذلك بل بوقف حالها لاحتمال حبلا فينفق عليها حتى تنقض عدها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفي الخلاصة عدة الصغيرة ثلاثة أشهر الا اذا كانت مراقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رجها هذا في المحيط اه من غير ذكر خلاف وهو حسن وفيها رجل غاب فتزوجت امرأته بأخر ودخل به الزوج الثاني فحضر الزوج الاول فرق بينهما وبين الزوج الثاني ولا نفقة لها على الزوج الاول حتى تنقض عدة الثاني فان طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثاني مادامت في عدة الثاني فاذا انقضت عدة الثاني تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج كذا في الاقضية وفي الفتاوى قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر في المحيط وتأويله اذا تزوجت في بيت العدة أما اذا خرجت فلا

(فصل) (قوله) نفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركة فيه أحد قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب إما غني أو فقير والاولاد إما صغار أو كبار فالاقسام أربعة الاول أن يكون

(فصل) لما فرغ
من بيان نفقة الزوجات
شرع في بيان نفقة الاولاد
نفقة الاولاد الصغار على
الاب خاصة لا يشاركة فيها
غيره في ظاهر الزاوية وقد
روى عن أبي حنيفة ان
النفقة على الاب والام
أثلاثا بحسب ميراثهما
لقوله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك ووجه الظاهر

الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولي وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لان الحكم ترتيب على مشتق وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس ولا يجوز أن يكون غيره علة لثلا بتوارد علتان على معاول واحد والجواب ان العلة هو الولد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ هو السبب الجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يقضى اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولد فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز أن يقال استدلال بالآية على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولدان كلامهم - ما لا يقبل الاشتراك فكذا النفقة الثابتة بهم - ما واذا اتنى الاشتراك فاما أن ثبت على الاب أو على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول

قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب

الاب غنيا والاولاد كبار فاما ان اذ كور فالاناث عليه نفقتهن الى أن يتزوجن اذا لم يكن لهن مال وليس له أن يؤجرهن في عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتهما عادت نفقتها على الاب والذ كور اما عاجزون عن الكسب لزمانة أو عى أو شلل او ذهاب عقل فعليه نفقتهن وكذا اذا كان من أبناء الكرام لا يجب من يستأجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يمتدون الى الكسب نفقتهن على آباءهم قال الحنفى و رأيت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها أحد على الاطلاق في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كإسائى وان لم يكونوا عاجزين لان نفقة لهم الثانية ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما أن يكون لهم مال أو لافان لم يكن فعليه نفقتهن الى أن يبلغ الذ كره حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب أن يؤجره وينفق عليه من أجرته وليس له في الاثني ذلك فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى أمين كما في سائر أملاكه وان كان لهم مال فاما حاضر أو غائب فان كان حاضر افقتهن في مالهم لا يجب على الاب شئ منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان أراد أن يرجع في مالهم يتفق باذن القاضي في ذلك فلو أنفق بلا امره ليس له الرجوع في الحكم الا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع ولو لم يكن أشهد لكن أنفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له أن يرجع الثالث أن يكون الاب فقيرا فان كانوا أغنياء وكبارا فادرين فلا اشكال ان نفقته هو عليهم وان كانوا صغارا أغنياء فكذلك أيضا الرابع ان يكونوا فقراء وهم صغار أو كبار عاجزون والاب أيضا عاجز عن الكسب فالخفاف قال يتكفف الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال وان كان قادر على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والدوان علة في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك وكذا الوعدا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الاقتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بما جرتهم أولم يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب ورجع على الاب اذا أيسر وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد أو الام أو الخال او المموسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بهما على الاب اذا أيسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له أم موسرة فنفقته عليها وكذا اذا لم يكن له أب الا انه ترجع في الاول ومانقل ابن قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد أو مومسر ان نفقته عليهم ما على قدر ميراثهم في ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة أنهم على الجد وحده لعله كالاب وبه قال الشافعى وفي نفقات الشهيد خلع امرأته وغاب عنها فطالبت بهم فعلى المثلثا نفقتهم وعلى الام الثلثا اذا كانا مومسرين ويكون دين على الاب يرجعان عليه اذا كان بأمر الحاكم قال القاضي هذا اذا كانت الغيبة منقطعة (قوله لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وجه الاستدلال انه أوجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له لتنبيه على علة الاحتباب عليه وهو الولد له ما عرف من أن تعليق الحكم عشتق يفيد كون مبدأ الاشتقاق علة فاذا أوجب نفقة غيره بسببه فوجب نفقة نفسه أولى وحين ثبت نفقته بطريق أولى تبين ان نفقة الوالدة هي نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها في الخدمة والتربية والرضاع حتى ان اللبن الذى هو مؤته انما يستعمل لبنا من غذا ثم فاجب نفقتها عليه ايجاب نفقته عليه اذ ليست النفقة سوى اخراج ما يحتاجه المحتاج اليه لكفايته وقد تقدم في الكتاب ما يشير الى أن نفقة الخادم من نفقة المرأة وان كانت نفقة شخص آخر لم يدخل فيها الكسوة والسكنى في الخلاصة قال هشام سألت محمدا عن النفقة

(وان كان الصغير رضيعا فليس على الام أن ترضعه لما يئان الكفاية على الاب وأجرة الرضاع كالنفقة) فكما أنه يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه اذا وجدت ولأنه لا تقدر على (٣٤٥) الرضاع لعذرهم فلا معنى للجبر عليه وقيل قوله تعالى لا تضار

والدة بولدها بالزامها بالارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تعالى والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه الاخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب أو الوجوب اذ لم يوجد من يرضعه أو لم يقبل الصغير على ثدي غيرها وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله أما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع أو هو محمول على الوجوب عليها تدبنا حتى لا يجوز استئجارها على الارضاع اذا كانت في عصمتها أو عدته على ما ذكر في الكتاب واستدل به فان قيل اذا كان معنى الامر وجب أن يتناول باطلاقة المنكوحة والمائة قلت ان قوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن في المطلقات وأوجب ابتاء أجورهن عند الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على المطلقات وفي ذلك ابطال عمل احدي اليتيمين فوجب جملة على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية

(وان كان الصغير رضيعا فليس على أمه ان ترضعه) لما يئان الكفاية على الاب وأجرة الرضاع كالنفقة ولأنه اعساها لا تقدر عليه لعذرهما فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى ولا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه أما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال (ويستأجر الاب من ترضعه عندها) أما استئجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناها اذا أرادت ذلك لان الجرها (وان استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولها الم يجوز) لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدان يرضعن أولادهن الا انه اعذرت لاحتمال عجزها فاذا أقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية أخرى جازا استئجارها لان النكاح قد زال وجه الاولى انه باق في حق بعض الاحكام (ولو استأجرها وهي منكوبة أو معتدته لارضاع ابنه من غيرها جاز) لانه غير مستحق عليها (وان انقضت عدتها فاستأجرها) يعني لارضاع ولها (جاز) لان النكاح قد زال بالنكسة وصارت كالاجنبية (فان قال الاب لا استأجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل أجر الاجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هي أحق) لانها أشفق فكان نظرا للصبي في الدفع اليها

فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولانه جزؤه فكان كنفسه (قوله وليس على الام ان ترضعه) يعني في الحكم اذا امتنعت وان كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذي سنذكره (قوله وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم) أي عدم الجبر ببيان الحكم قضاء بمعنى انها اذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه وهو واجب عليها ديانة وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكس البيت واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضي عليه اذا امتنعت لان المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع (قوله وذلك) أي عدم الجبر اذا وجد من يرضعه فاذ لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثدي غيرها أجبرت على ارضاعه صيانة عن الضياع وذكر الخواص ان ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد قد تغذى بالدهن والشرب فلا يؤدي ترك اجبارها الى التلف والى الاول مال القدوري والسرخسي وهو الاصول لان قصر الرضيع الذي لم يأمن الطعام على الدهن والشرب سبب غرضه وموته (قوله معناها اذا أرادت ذلك لان الجرها) أي التريسة لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما تقدم وقد قدمنا من اختيار الفقهاء الهندي والسرخسي انها تجبر على الحضانة وفي كلام الحاكم الشهيد ما يفيد مما قدمناه ثم لا يلزم المرخصة ان تمسك في بيت الام الا ان يشترط ذلك بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها فيما يستغنى عنه افسه من الزمان أو تحمل الصبي معها اليه أو تقول أخرجه فترضعه عند قضاء الدار ثم تدخل الصبي الى أمه (قوله وجه الاولى) لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا في المبتوتة في رواية بعد قوله وهذا يعني عدم الاستئجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم والاولا اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها في الحكم والوجه وأضارب ما يكون تأخير ذكر وجهه للايمان الى أنه المختار عنده وكذا ظاهر اطلاق القدوري المعتدة في قوله أو معتدته وان كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم اذ من عادة تأخير وجه القول المختار والحاصل أن قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع اليه ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادته لمعتدته عن ثلاث أو بائن وكذا لا يجوز استئجارها الارضاع (قوله وان انقضت عدتها فاستأجرها)

(٤٤ - فتح القدير ثالث)

رواية واحدة والمبتوتة في رواية اذا كانت في العدة عملا بالدين بقدر الامكان وكلامه واضح (قوله وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب الخ) أقول الامر لايجاب والتفصيل لا بدله من دليل والاصل هو الوجوب في القضاء

وقوله (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه في دينه) بأن أسلم الابن بنفسه والاب كافر أو على العكس لما ان اسلام العبي العاقل وارتداده صحيح (كما تجب نفقة الزوجة وان خالفته في دينه أما الولد فلا طلاق ما تلونا) يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية (ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه) وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه (وأما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه) يعني وجوب النفقة (بازاء الاحتباس الثابت به) أي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة والكتانية موجود والاحتباس مترتب عليه فيكون (٣٤٦) السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجودا لكن لم لا يجوز ان

يكون الكفر مانعا كما في استحقاق الارث فالجواب ان ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وعن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما بناء على الولاية والكفر ينافيها وأقول لو استدلل على نفقة الزوجة أيضا بطلاق قوله تعالى وعلى المولود له الآية كان أسهل تأنيلا لانه يدل على نفقتين بعبارة وعلى نفقة الولد بال دلالة كما تقدم ولم يحتاج الى دفع ما يوهم كلامه من التردد في سبب النفقة فانه جعله هنا العقد الصحيح وجعله في قوله وعلى المولود له الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه وقوله (في جميع ما ذكرنا) أي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما تجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال وتشكير مال يشير الى عمومه بوقوعه في سياق النبي سواء كان

(وان التمس زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه واليه الاشارة بقوله تعالى لا تضار المرأة بولدها ولا مولود له بولده أي بالزامة لها أكثر من أجرة الاجنبية (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه في دينه) كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه (أما الولد فلا طلاق ما تلونا) ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه (وأما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجب النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال أما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا

اعلم أن حاصل كلامهم ان الارضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى لا تضار المرأة بولدها والضرر يتحقق عند العجز عن ارضاعه اذا ألزمت والعجز مبطن فاقسم امتناعها عنه مقام حقيقته لان امتناعها عن الارضاع مع داعية خنوا للوالدة ظاهر في عجزها عنه فلذا لم تجبر عليه اذا امتنع فاذا أقدمت عليه بالاجر وهي منكوبة أو معتدة عن رجعي أو مطلقا على ما هو الواجب ظهر عدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولا أجز يستحق في مقابلة فعل الواجب ولا يخفى أن هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استأجرها الارضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة ومقتضاها أن لا يجوز بعد العدة أيضا كما قبلها وهذا لان الودات في قوله تعالى والودات يرضعن أعم من البائتات فكان الايجاب عاما على المنكوبات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعد ها والمانع من أخذ الاجرة والاستئجار هو الوجوب وهو عام فيمن المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدم على الارضاع بأجر وغاية ما يقال ان الارضاع من نفقته وهي على الاب لا الام ويدفع بأن هذه النفقة أوجبها الذي له ولاية الاحباب على الام بعد ان أوجب رزقها بائنا رار الشدي فلم يبق منها سوى الفعل الاختياري فأوجب عليها القامة ثديها وثبت هذا الايجاب بالنص المذكور أعني برضعن أولادهن والحق انه أوجب عليها مقيد بايجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن في حال الزوجية والعدة هو قائم رزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشئ فتقوم الاجرة مقامه (قوله وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبي مال) وأطلقه فم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فقط فلا بد أن يبيعه وينفقه عليه وكذا يعطى منه أجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة أحد المومنين على الآخر اذا لم يكن لاحتماس ذلك له ليس بأولى من ايجاب نفقة ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها محتسبة لغرض الآخر نفقة عنها عليه وان كانت غنية أما الولد فنفقة له الحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم والله أعلم

فصل

من جنس النفقة أو من غير جنسها أو دورا أو عقارا

أو ثيابا قال في الذخيرة اذا كان للصغير عقار أو ثياب واحتج الى ذلك للنفقة كان للاب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل في نفقة الانسان أن يكون في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا واعترض بان نفقة المرأة على زوجها وان كان لها مال فالاصل منقوض والجواب ان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير بالأمور ضرورية وقد تحقق في نفقة المرأة أمر ضروري فيمتنع وذلك لان نفقة المرأة في مقابلة الاحتباس فإدام الاحتباس فإدام كانت النفقة واجبة تحقيقا لمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى

فصل لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد (ويجب على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه أما الابن فلقوله تعالى (وان جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدين ما معروف) قيل نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم وقالت له أمه جيلة يا سعد بلغني أنك صبوت فوالله لا يظلمني سقف بيت من الضح والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى ما كنت عليه وكان أحب ولدها اليها فابي سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة أيام حتى غشي عليها فأتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكا اليه ذلك فنزلت هذه الآية (وايس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله ويترك ما كان سبيله في تلك المعيشة يموت من الجوع) وقد قيل فمهر النبي صلى الله عليه وسلم (٣٤٧) حسن المصاحبة بأن يطعمهما

إذا جاعا ويكسوهما إذا عريا وكلامه واضح وقوله (لما تلونا) أراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدين ما معروف ولم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الاتفاق عليه أولا قال شمس الأئمة السرخسي إذا كان الأب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب وقال شمس الأئمة الحلواني لا يجبر على ذلك فاعتبره بذى الرحم المحرم منه على أن استحقاق النفقة للفقير والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الأئمة السرخسي يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ إذا كان قادرا على الكسب لا تجب على الأب نفقته وقرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورة كانت كالنفقة والكسوة أو غيرها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاء دجارية الولد وليس للولد استحقاق

فصل (وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه) أما الابن فلقوله تعالى وصاحبهما في الدين ما معروف فانزلت الآية في الابن الكافر وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا وأما الاجداد والجدات فلا ينهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجدم مقام الأب عند عدمه ولا ينهم سببوا الاحياء فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذاملا فإيجاب نفقته في ماله أولى من إيجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا

فصل (قوله وعلى الرجل) أي المومر (قوله وأجداده) يدخل فيه الجد لاب والجد لام وان علوا وفي جداته جداته لآبيه وجداته لامه وان علون وقوله إذا كانوا فقراء يوافق باطلاقة قول السرخسي حيث قال إذا كان الأب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلواني انه لا يجبر إذا كان الأب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في إيجاب النفقة على الغير وإذا كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته على الأب فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكتب الابن وينفق على الأب فالمعتبر في إيجاب نفقة الوالدین مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لأن معنى الآية في إيكاها الى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى ولا تقل لهما أف ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لانه في مقابلة احتباسه اباها لاستيفاء حق مقصوده فكان كاستحقاق القاذي العني

(قوله نزلت في الابن الكافر) بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدين ما معروف واتبع سبيل من آتاب الى ففرض سبحانه مصاحبتهم ما بالمعروف وليس من المعروف أن يتركهما مع الجوع والعري ويتقلب هو في النعم إلا أن يحملها على غير الحربين فأما الآباء المحرمين وان كانوا مسلمين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وحسنوا اليه قوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية بينها وبين آية الابوين عموم وخصوص من وجه فيصايدان في الابوين الحربيين وتنفر آية المصاحبة في غير الحربيين وآية النهي في غير الابوين فتعارض في الابوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح وقائل أن يقول انتهى انما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين واخراج المسلمين من ديارهم وهم أهل مكة فلا يتناول الابوين الحربيين الذين لم يتحقق منهم قتال ولا مظاهرة على اخراج ولا يصح القياس على أهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لان الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والاخراج منه وايضا صرح النص بعدم النهي عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا أيضا حربيون

(قوله وأما الاجداد والجدات فلا ينهم من الآباء والامهات) ظاهره أنهم يدخلون في اللفظ أعني

استيلاء دجارية الوالد فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة

فصل (وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده الخ) أقول لم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الاتفاق عليه أولا قال شمس الأئمة السرخسي إذا كان الأب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب وقال شمس الأئمة الحلواني لا يجبر على ذلك واعتبره بذى الرحم المحرم ووجه الفرق مذكور في العناية وغيره واختار المصنف ما ذكره السرخسي كما سيحى بعد سطور قال المصنف (وأما الاجداد والجدات فلا ينهم من الآباء والامهات) أقول فمتناولهما النص وفيه نظر فانهم في مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على آباءنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ (قوله لوقعت المساواة الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين) ظاهر وقوله (لأننا من غير حق من بقائنا قال الله تعالى إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية) واستشكل بقوله تعالى وصاحبهم في الدين ما روي فإنه باطل لأنه يوجب النفقة للوالدين وإن كانوا حربيين وأجيب بأن العمل باطلاً لأنه يقضي إلى التعارض المفضي إلى الترك الممتنع فحمل ذلك على أهل الذمة وهذا على أهل الحرب وقوله (ولا تجب على النصراني نفقة) (٣٤٨) أخيه المسلم) من فروغ قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمناً للفرق

بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك وكلامه في الفرق بينهما بأن النفقة متعلقة بالارث يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله عليه السلام من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه وبالعقول واضح خلا قوله دوام ملك الميمن أعلى في القطعية من حرمان النفقة فإن حرمان النفقة قد يقضي إلى الهلاك ودوام ملك الميمن ليس كذلك فكيف يكون أعلى ولأن الاتفاق صلة إحياء حقيقة وصلة العتق صلة إحياء حكم ولا شك في أن الإحياء الحقيقي أعلى والجواب أن الحاجة إلى النفقة مقدورة الدفع من غيره بأن يسأل الناس أو يبره أحد من غير سؤال فإن الهلاك جوعاً في العمران مع توفر أصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر وأما الحاجة إلى الاعتاق فإنها لا تدفع إلا من جانبته وأما كون

(ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين) لا لزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد والولد (أما الزوجة فلأنها واجبة لها بالعقد لا احتباسها الحق لمقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة وأما غيرها فلأن الجزئية ثابتة وجزء المرفوع معنى نفسه فكلا لا يمنع نفقة نفسه لكفره لا يمنع نفقة جزئه إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا مسلمين لأنهم ينعان البر في حق من بقائنا في الدين (ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني لأن النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولأن القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين أكد دوام ملك الميمن أعلى في القطعية من حرمان النفقة فاعتبرنا في الأعلى أصل العلة وفي الأدنى العلة المؤكدة فلهذا افتقر (ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد)

لفظ الابوين الذي هو مرجع الضمير في قوله وصاحبهم في الدين ما روي فإنه نظر فإنهم في مسألة الأمان فيما إذا قالوا آمنونا على آباءنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ فإن أراد إلحاقهم بالقياس فلا حاجة بل لا ينبغي أن يعلل بأنهم من الآباء بل يعلل استحقاق الابوين النفقة بتسليمهم في جوده ويلحق بهم الاجداد ويعتبره في عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم إياه في عموم المجاز في الأمان ليدخل الاجداد مع الأمان محتاط في إثباته وقوله ولهذا يقوم الجد الخ قيامه مقامه في الوراثته وولاية النكاح والتصرف في مال ولداً وللهذا أولوا قال أنهم من الوالدين والجدات كان أقرب لأن مرجع ضمير صاحبهم ما والوالدان لا الابوان (قوله أما الزوجة الخ) عرف من قوله واجبة بالعقد لا احتباسها أنه حيث أضاف إيجاب النفقة إلى العقد فهو إضافة إلى العلة البعيدة وأن المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا (قوله فكلا لا يمنع الخ) الأحسن أن يقال فكلا يجبر على انفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لأن عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل أخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره إلحاقه على انفاقه على نفسه محل نظر أم اقواء بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا أمره بالمعروف من ذلك (قوله ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) أظهر لبعض ما ورد ذلك الكلي وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وقوله لأن النفقة أي نفقة غير الولاد متعلقة بالارث يعني بالقرابة والمحرمية مقيد بالارث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا ريب بين المسلم والكافر بخلاف العتق فإنه يتعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثاً بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه وسأني الكلام عليه (قوله فاعتبرنا في الأعلى) وهو دوام ملك الميمن (أصل العلة) وهو القرابة المحرمة (وفي الأدنى) وهو النفقة (العلة المؤكدة) بالتوارث وهذا في الحقيقة إبداء لحكمة الشرع يعني أنما شرع سبحانه إيجاب النفقة على القريب مقيد بالارث وشرع عتق القريب إذا ملك قريبه المحرم بل ذلك القيد لهذا الفرق وهو أن عدم النفقة قطعية واستمرام لك رتبة القريب فوقه في القطعية فأوجب رفعها

الاحياء الحقيقي أعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعيين تحققة من جانبه لما قلنا قال (ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد) لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد من الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية

(قوله فحمل ذلك على أهل الذمة الخ) أقول فيه أن أم سعد لم تكن ذمية ثم سيجي في كتاب السير ما يخالفه ظاهراً (قوله وبالعقول) أقول فيه أن ذلك ليس دليلاً آخر بل لاظهار حكم تعليق الشارع إيجاب النفقة بالقرابة المحرمية مقيد بالارث وعتق القريب بها لا قيد

(لأن له مائتا وبلا في مال الولد بالنص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك فكانا غنيين بماله والغنى لا يحب نفقته على غيره فان قيل التأويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض إطلاق قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور فنجوز به الزيادة سلمناه من الأحاد لكن ترك إطلاق قوله وعلى الوارث مثل ذلك بما ذكرنا من الدلائل (٣٤٩) الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله تعالى

لأن له مائتا وبلا في مال الولد بالنص ولأنه أقرب الناس اليهما فان كان أولي باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لأن المعنى يشملهما

بلامؤ كد بخلاف ما يبلغ مبلغه في القطيعة فإنه لم يرفع حينئذ الإعتقاد وما قيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والأثر ليس بشرط حتى وجبت النفقة على الخال والحالة والعمة ولهم دون ابن العم والحق في الجواب أن ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث والخال كذلك لأن يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا حينئذ استدلال بعفهوم الصفة على إخراج الكافر الذي لا نأقوله بل هو إثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على عدم الأصل لأن نفيه مضاف الى اللفظ (قوله لأن له مائتا وبلا في مال الولد) بقيد أنه ملكهما (بالنص) وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وساق في باب الوطء الذي يوجب الحد وأخرج أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه حسنه الترمذي فان قيل هذا يقتضي أن له ملكا ناجزا في ماله قلنا نعم لم يقيد حديث رواه البخاري وصححه والبيهقي عنها مرفوعا أن أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء أنا وبه لمن يشاء الذكور وأموالهم لكم إذا احتجتم اليها وما يقطع بأنه مؤول أنه تعالى ورث الأب من ابنه السدس مع ولده فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شيء مع وجوده (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث اثلاثا على الذكر مثل حظ الأنثيين كما في الميراث فيسأل على نفقة ذوى الأرحام وبه قال الشافعي وأحمد والحق الاستواء فيها التعلق بالوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لأن الوجوب علق فيه بالأثر ولهذا ثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولاوارث فان كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على أحد ويجب التفصيل بين أن يكون الابن قادرا على الكسب مع اعتباره أولا فيجوز فيه اختلاف السابق بين شمس الأئمة السرخسي والحلواني وعن أبي يوسف قال إذا كان الأب زموا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الأب اليه كي لا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لأن الإنسان لا يملك على نصف بطنه وقال الشاعر

* كلوا في بعض بطنكم كرهه قوا * وفي الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه ولا يجبر الأب على نفقة زوجة ابنه وفي نفقات الحلواني قال فيه روايتان في رواية كما قلنا وفي رواية أنها لا تجب نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضا أو به زمانة يحتاج الى الخدمة أما إذا كان صحيحا فلا قال في المحيط فعلى هذا الفرق بين الأب والابن فان الابن إذا كان بهذه المثابة يجبر الأب على نفقة خادمه ثم الأصل في نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث ولذا لو كان له أخ شقيق وبنت بنت وإن سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وإن كان ميراثه لأكبره ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليهما مع اشتراكهما في الميراث وإذا كان للفقير ولد وابن ابن موسران فالنفقة على الولد لأنه أقرب وإذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة وإن كان الميراث بينهما القرب البنت فإذا استويا فالنفقة عليهما لأن ابنته أحدهما يرجح أحدهما ويرجح وعما وارثان وإذا كان له ولد ابن وولد بنت

الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث فيكونان سواء ولهذا ثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وإن انعدم التوارث فقوله (وهو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن

(قوله قلت الى قوله والغنى لا يحب نفقته على غيره فان قيل التأويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض إطلاق قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور فنجوز به الزيادة سلمناه من الأحاد لكن ترك إطلاق قوله وعلى الوارث مثل ذلك بما ذكرنا من الدلائل (٣٤٩) الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله تعالى

لأن له مائتا وبلا في مال الولد بالنص ولأنه أقرب الناس اليهما فان كان أولي باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لأن المعنى يشملهما بلامؤ كد بخلاف ما يبلغ مبلغه في القطيعة فإنه لم يرفع حينئذ الإعتقاد وما قيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والأثر ليس بشرط حتى وجبت النفقة على الخال والحالة والعمة ولهم دون ابن العم والحق في الجواب أن ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث والخال كذلك لأن يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا حينئذ استدلال بعفهوم الصفة على إخراج الكافر الذي لا نأقوله بل هو إثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على عدم الأصل لأن نفيه مضاف الى اللفظ (قوله لأن له مائتا وبلا في مال الولد) بقيد أنه ملكهما (بالنص) وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وساق في باب الوطء الذي يوجب الحد وأخرج أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه حسنه الترمذي فان قيل هذا يقتضي أن له ملكا ناجزا في ماله قلنا نعم لم يقيد حديث رواه البخاري وصححه والبيهقي عنها مرفوعا أن أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء أنا وبه لمن يشاء الذكور وأموالهم لكم إذا احتجتم اليها وما يقطع بأنه مؤول أنه تعالى ورث الأب من ابنه السدس مع ولده فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شيء مع وجوده (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث اثلاثا على الذكر مثل حظ الأنثيين كما في الميراث فيسأل على نفقة ذوى الأرحام وبه قال الشافعي وأحمد والحق الاستواء فيها التعلق بالوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لأن الوجوب علق فيه بالأثر ولهذا ثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولاوارث فان كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على أحد ويجب التفصيل بين أن يكون الابن قادرا على الكسب مع اعتباره أولا فيجوز فيه اختلاف السابق بين شمس الأئمة السرخسي والحلواني وعن أبي يوسف قال إذا كان الأب زموا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الأب اليه كي لا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لأن الإنسان لا يملك على نصف بطنه وقال الشاعر

الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث فيكونان سواء ولهذا ثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وإن انعدم التوارث فقوله (وهو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن

(قوله قلت الى قوله والغنى لا يحب نفقته على غيره فان قيل التأويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض إطلاق قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور فنجوز به الزيادة سلمناه من الأحاد لكن ترك إطلاق قوله وعلى الوارث مثل ذلك بما ذكرنا من الدلائل (٣٤٩) الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله تعالى

نكاحه على التأييد واجبة
إذا كان صغيرا فقيرا أو
كانت امرأة بالغة فقيرة أو
كان ذكرا فقيرا زنيا أو
أعشى لان الصلة في القرابة
القريبية واجبة دون
البعيدة والفاصل بينهما
كونه ذارحم محرم بدليل
قوله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك فان ذلك الاشارة
الى البعيد فيكون اشارة
الى أول الآية وهو قوله
تعالى وعلى السلوله
ورزقهن وكسوتهن فيسدل
على ان على الوارث النفقة
وتقييده بنى الرحم المحرم
بقراءة ابن مسعود وعلى
الوارث بنى الرحم المحرم
مثل ذلك ولا شك ان
قراءة كانت مسموعة من
النبي صلى الله عليه وسلم ثم
لا بد من الحاجة لاستحقاقها
لذلك والصفات المذكورة
وهى الصغر والافوثة
والزمانة والعى اماره الحاجة
لتحقق العجز فان القادر
على الكسب غنى فان
قيل ما بال الابوين لم يعدا
غنيين بقدرتهم ما على
الكسب اجاب بقوله
بخلاف الابوين الخ وهو
اختيار شمس الأئمة
السرخسي وهو ظاهر الرواية
وقد قدمناه

(والنفقة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا بالغاً فقيراً
 زماً أو أعمى) لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفصل أن يكون ذارحم محرم
 وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل
 ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والاثوثة والزمانة والعلمى إمارة الحاجة لتحقيق العجز فإن القادر على
 الكسب غنى بكسبه بخلاف الابوين لأنه يلحقهما تعب الكسب والولاد مأور يدفع الضرر عنهما
 فتحجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب

(قوله فان ذلك للاشارة الى البعيد) أقول لا الى

القريب الذي هو النحر عن المضارة على مافسره أيضا

وقوله (يجب ذلك) يعني النفقة (على قدر الميراث ويجبر عليه) أي على الاتفاق أما التقدير فلأن الله تعالى نص على الوارث بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك تنبيه على اعتبار المقدار لأنه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته وعلى هذا لو وصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا إذا كان الرجل زمنامه سر اوله ابن معسر صغير أو كبير زمن وللرجل ثلاثة أخوة مفرقون موسرون فنفقة الرجل على أخيه لآب وأم وعلى أخيه لأم أسداً بحسب ميراثهم ما قاما نفقة الولد فعلى الأخ لآب وأم خاصة لأن ميراث الولد عند عدم الآب خاصة فإنه عم لآب وأم ولا يرث معه العم لآب ولا العم لأم والحاصل أن من يكون محتاجاً يجعل معدوماً وتكون النفقة بعده على من يكون وارثاً بحسب الميراث فإن كان الولد ابنة كان نفقة الآب والابنة على الأخ من الآب والام خاصة أما نفقة الابنة فلما بينا وأما نفقة الآب فلأن الوارث ههنا الأخ لآب وأم خاصة لأن الأخ لآب وأم يرث مع الابنة والأخ لأم لا يرث معها فلا حاجة أن يجعل البنت كالمعدومة ولكن تعتبر صفة الوراثه مع بقائها بخلاف الابن فإنه لا يرث معه أحد من الأخوة فلا بد من أن يجعل كالمعدوم فإذا جعل كذلك فميراث الآب (٣٥١) يكون بين الأخ لآب وأم والأخ لأم أسداً بالنفقة عليهم

قال (ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه) لأن التخصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولأن الغرم بالغنم والجبر لا يفاء حق مستحق قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثاً على الآب الثلثان وعلى الأم الثلث) لأن الميراث لهم على هذا المقدار قال العبد الضعيف هذا الذي ذكره رواية الخصاص والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الآب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الأولى أنه اجتمعت للآب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاخص بنفقته ولا كذلك الكبير لعدم الولاية فيه فشاركه الأم وفي غير الولد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الأم والجد أثلاثاً ونفقة الأخ المعسر على الأخوات المتفرقات الموسرات أخماساً على قدر الميراث الكسب الآف والوالد خاصة أو في الجد أبي الآب إذا مات الولد فاني أجبر الولد على نفقته وإن كان صحيحاً انتهى وهذا جواب الرواية وهو يشهد بقول شمس الأئمة السرخسي بخلاف الخلواني على ما قدمناه (قوله) لأن التخصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار بطريق أنه يفيد عليه مأخذ الاشتقاق وهو الارث فيثبت الحكم في محل وجود العلة على قدر وجودها مثاله إذا كان له أخ شقيق أولاب وأخت شقيقة أولاب فالنفقة عليهما أثلاثاً على الأخ الثلثان وعلى الأخت الثلث لأن ميراثهما منه كذلك ولو كانا لأم وجبت عليهما نصفين كارتبهما ولو كان معهما أخ لابوين أولاب أو عصية أخرى فالثلثان على العاصب ولو كان أخ لآب وأخت لأم فالسدس على الأخ لأم وخمسة الأسداس على الأخ لآب وعلى هذا فاقس (قوله) وجه الفرق أي بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن (قوله) فاخص بنفقته لأنه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه بخلاف البالغ فإنه ليس للآب ولاية عليه ليكون في معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم (قوله) على الأخوات المتفرقات بأن تكون أخت شقيقة وأخت لآب وأخت لأم أخماساً ثلاثة أخماسها على الشقيقة وخمس على السق لآب وخمس على التي لأم لأن ميراثهن منه كذلك

بالنص فكان الواجب أن تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثاً ولا تجب على الخال لكونه غير وارث أجيب بأن نفقة ذي الرحم المحرم واجبة تحقيقاً للصلة وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه بخلاف الخال فإن صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن) كلامه ظاهر وقوله (وجه الفرق) يعني بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملة على الآب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجبت ثلثها على الآب والثلث على الأم كما في الارث أنه اجتمعت للآب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشارك في النفقة على نفسه فكذلك في النفقة على الصغير وأما الكبير فليس للآب عليه ولاية تلوغها فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بغيرائه وميراثه يكون بينهما أثلاثاً فكذلك نفقته وقوله أخماساً على قدر الميراث يعني ثلاثة أخماس من الميراث تكون للأخت لآب وأم والخمس للأخت لآب والخمس للأخت لأم بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل

(قوله) أجيب بأن نفقة ذي الرحم الخ أقول في الجواب قصور فان وجوب النفقة معلق بالقرابة المحرمة المورثة وليس ذلك بموجود في الخال مع وجود ابن العم فالظاهر أن يقال ليس المراد الارث بالفعل فإن ذلك بعد موت المنفق

وقوله (غيران المعتبر) استثناء من قوله وفي غير الوالد تعتبر على قدر الميراث والمراد بأهلية الارث هو ان لا يكون محررا وما وفي كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر أهلية الارث لا احرازه ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان له خال يعنى وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحزر الميراث لما قدمنا ان الخال ذورحم محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين) راجع الى قوله المعتبر أهلية الارث (٣٥٣) وقوله (ولا بد من اعتباره) أى اعتبار الارث بأن يكون أهلا لا محررا ولا هذا

قلنا لا يجب على التصرائق نفقة أخيه المسلم ولا عكسه وقوله (ولا تجب على الفقير) ظاهره وقوله (بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا) قبل هذا اذا كانت نفقته من مستغلته (أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم) اذا كان معتمدا لا يتفق من كسبه يده وقوله (والفتوى على الاول) يعنى ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو ما تادهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو الصحيح لان النفقة أشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلان لا يشترط ههنا وهى مؤنة من كل وجه أولى ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال في نوادر أبى يوسف يشترط نصاب الزكاة ثم قال في الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى ان انتقض منه درهم لا يجب

غيران المعتبر أهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحزره ابن عمه (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطان أهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير) لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغیر لانه التزامها بالاقدام على العقد اذا المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الا عسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبى يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه لليسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة

بواسطة الردعين (قوله غيران المعتبر أهلية الارث) هذا هو الجواب الذى أسلفناه وقد منا تقريره وايضا حده ان حقيقة الوارث غير مرادة فانه لمن قام به الارث بالفعل وهذا لا يتحقق الا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذر مرادة الحقيقة فكان المراد من يثبت له ميراث والخال كذلك فوجب نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية بخلاف ما لو كان له خال وعم وأوعدة فان النفقة حينئذ على العم لا شتر كما هي في المحرمية واحراز الميراث في الحال لومات فلو كان المم معسرا وجبت بين العم والخال أثلاثا على العم الثلث ويجعل المعسر كاليت والحاصل ان قوله أهلية الميراث لا احرازه فيما اذا كان المحزر للميراث غير محرم ومعه محرم أما اذا ثبتت محرمية كلهم وبعضهم لا يحزر الميراث في الحال كالخال والعم اذا اجتمع فانه يعتبر احراز الميراث في الحال وتجب له النفقة على العم واذا انتفى قوا في المحرمية والارث في الحال وكان بعضهم فقيرا جعل كالعديم ووجب على الباقيين على قدر اربهم كأن ليس معهم غيرهم (قوله ثم اليسار مقدر بالنصاب) أى بنصاب الزكاة على ما روى عن أبى يوسف وعن محمد روايتان احدهما بما يفضل عن نفقته شهرا والاخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه أربعة دنانق وجب عليه الدنانق القريب ومحل الروايتين على حاجة الانسان ان كان مكنتسا ولا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه المسمى وان لم يكن بل كان له مال اعتبر نفقة شهر فبنفق ذلك الشهر فان صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه ومال السرخصى الى قول محمد في الكسب فانه علة بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعترف في جانب المؤدى بتيسير الاداء وتيسير الاداء موجودا اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب الخفة قول محمد أرفق ومال الوالحي الى قول أبى يوسف قال لان النفقة تجب على الموسر ونهاية اليسار لاحد لها وبدايته النصاب فيقدر به وقال في الخلاصة بعد ما نقل انه نصاب الزكاة وبه يفتى واختار صاحب الهداية انه نصاب حرمان الصدقة (قوله والفتوى على الاول) أى على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول أبو يوسف وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر الا ان النفقة لما كانت حق الادعى نفسه تعتبر مجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حق يجب لله تعالى بسبب الادعى وحقوق الله تعالى راعى فيها من التيسير ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطالبا بل اذا لم يكن كسوبا يعتبر ان يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة فاذا أنفق ولم يبق له شيء سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد

قال المصنف (لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة) أقول لا كما روى عن أبى يوسف هكذا قيل لكن في شرح الكنتز وهذا للامام الزيلعي ان اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبى يوسف رحمه الله لانه هو المعتبر في وجوب الموساة عليه لوجوب التبرع كصدقة الفطر اه (قوله وهى مؤنة من كل وجه أولى) أقول فيه بحث فانها صدقة أيضا على ما دل عليه الاخبار الصحيحة وجوابه ان المراد ان شرعيتها المؤنة ولا ينافى كونها عبادة بالنسبة بخلاف صدقة الفطر وسيجى من المصنف في كتاب الحجرا ايضا انها ليست عبادة والمراد ما ذكرنا

(وان كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقوله (وقد بينا الوجه فيه) يريد ما تقدم من قوله ولا يقضى بنفقة في مال غائب الالهؤلاء الى قوله ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله (واذا باع أبوه متاعه) ظاهر وقوله (وكذا لا تملك الام في النفقة) مخالف لما ذكر في الاقضية وما ذكره القدوري من جواز البيع للابوين فاما ان يكون في المسئلة روايتان في رواية الاقضية والقدوري تملك الام البيع كلاب لان معنى الولادة يجمعهما وهما في (٣٥٣) استحقاق النفقة على السواء وما

ان يكون ما في الاقضية والقدوري مأولاً بأن الاب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر وقوله (ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب) اعترض عليه بأنه كذلك لكن الفرض انه يبيعه لنفسه وانما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ وأجيب بأنه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الاتفاق لا تتغير تلك الحقيقة اذا تأثر الغرض في تغيير الحقيقة لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الاتفاق بالاتفاق لاننا نقول الاتفاق بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يجب فلا تعارض وقوله على ما مر اشارة الى ما قال ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم

(قوله من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر) أقول ألا ترى الى قول المصنف بخلاف غير الاب من الاقارب قال

(واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقد بينا الوجه فيه (واذا باع أبوه متاعه في نفقته جاز) عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهذا استحسان (وان باع العقار لم يجز) وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لا تقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك في حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولا بي حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب ألا ترى ان الوصي ذلك فالاب أولى لو فور شفقتة وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم أصلاً في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر وإذا جاز بيع الاب فالابن من جنس حقه وهو النفقة فلا الاستيفاء منه كالأب باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له أن يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه (وان كان للابن الغائب مال في يد أبويه وأنفق قمامته لم يضمن) لانهما استوفيا حقه ما لان نفقته ما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد أخذنا جنس الحق

وهذا يجب أن يعول عليه في الفتوى (قوله وإذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له أن يأخذ اذا قدر بل القضاء فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم أن ينفقوه على أنفسهم اذا احتاجوا (قوله وقد بينا الوجه فيه) عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة في مال غائب الالهؤلاء وهو قوله ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم (قوله وان باع العقار لم يجز) ولا يجوز للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيراً أو مجنوناً ولا يجوز لغيره مطلقاً (قوله لانه لا ولاية له لا تقطاعها بالبلوغ) وقرر في النهاية وجه القياس بأن ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبي رشيد الا فيما يبيعه تحصيناً على الغائب ولا يخفى ان قيد الرشيد ليس معتبراً في انقطاع ولاية الاب نعم اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يؤنس منه الرشد ويبلغ خمساً وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا يجز عليه حتى أمكنه أن يباشر العقود الموجبة للدين عليه ولذا قال في جواب أبي حنيفة هناك ان منع المال لا يفيد مع فكاك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر العقود الى آخر ما عرف في باب الحجر (قوله وكذا لا تملك الام في نفقتها) مع انها مساوية للاب في استحقاق النفقة وكذا ليس للقاضي أن يحكم به مع عموم ولايته (قوله ولا بي حنيفة) حاصله الفرق بين الاب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب وبيع العسر ورض من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا لم يكن الوصي فلان يملكه الاب أولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته في الحال أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدا منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد أو جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم يكن للدين بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ فليس له البيع لكن نقل في الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري

(٤٥ - فتح القدير ثالث) المصنف (ولا بي حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب) أقول قال الامام الزيلعي وفي المسئلة نوع اشكال وهو ان يقال اذا كان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ اجماعاً فالمانع لهم من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل اه جواب الاشكال الاول ظاهر فانهما يفرقان بين البيع للحفظ ثم الاتفاق والبيع بقصد الاتفاق وجواب الثاني يظهر من تقرير الكل فتأمل فيه (قوله لا اتفاق للاتفاق بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يجب فلا تعارض) أقول فيه بخلاف الاول انه اذا وجب بفرض القاضي وادته في الاستدانة ينبغى أن لا يجوز البيع على ما قرره والظاهر خلافه

يعني ان الاجنبي ملك المدفوع بالضممان فظهر انه كان متبرعا بمال نفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي يعني انها لا تسقط بعض المدة لانها تجب بمقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط حصول الاستغناء فيما مضى وقوله (الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليه) استثناء من قوله خضت مدة سقطت ومعناه إذا أذن القاضي بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم أيضا كنفقة الزوجة وان مضت مدة لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه بالاستدانة كأمر الغائب بها ولو أمر الغائب بالاستدانة صار ديناً في ذمته لا يسقط بعض المدة فكذلك إذا أذن القاضي بذلك وإذا تكرر ان نفقة الزوجة جزء الاحتباس ونفقة الاقارب الكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة ان القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر مائة خضت المدة وفي يدها منه شيء لم يحسب للشهر الثاني ولو كان ذلك في نفقة الاقارب حوسب به وان القاضي اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسقطت ليس عليه ان يكسوها حتى تفرغ المدة ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوها

(وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليه ما يغير اذن القاضي ضمن) لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا أمره القاضي لان أمره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملك بالضممان فظهر انه كان متبرعا به (واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة خضت مدة سقطت) لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بعض المدة بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال (الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليه) لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كأمر الغائب فيصير ديناً في ذمته فلا تسقط بعض المدة والله تعالى أعلم بالصواب

في شرحه فانه أضاف البيع اليهما فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان وجه رواية الاقضية ان معنى الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء وعلى تقدير الاتفاق فتأويله ان الاب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها ما يبيعها بنفسه ابعيد لان جواز البيع غير منوط بالولد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ (قوله فانفق عليه ما يغير اذن القاضي ضمن) أي في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ضمان عليه ولو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفي النودرول لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانا وقالوا في رفقة في سـ فرأغى على أحدهم أو مات فأنفقوا عليه وجوزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من أصحاب محمد خرجوا الى الحج واحدا فباعوا ما كان له معهم فلما وصلوا أسألهم محمد فذكروا ذلك فقال محمد لم نفعلوا ذلك لم تكونوا فافقهاء وكذا باع محمد كتب تليذله مات وأنفق في تجهيزه فقبل له انه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا في عبد مأذون مات مولاه في بلاد بعيدة فأنفق على نفسه وماله من الدواب والامعة لا يضمن وكذا عن مشايخ بلخ في مسجد له أوقاف ولا يتولى له فقام رجل من أهل المحلة في جمع ريعها وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصص والحشيش لا يضمن استحسانا (قوله فظهر الخ) يعني اذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه الابوين حال دفعه له ما فيظهر انه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما (قوله خضت مدة سقطت) هذا اذا طالت المدة فما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة ديناً والقاضي مأثور بالقضاء ولو لم تصير ديناً لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كل ما مضى سقط لم يمكن استيفاء شيء ومثل هذا قد مناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات (قوله لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة) وعن هذا ما قد مناه من انه لو أعطاهم نفقة أو كسوة فسقطت أو هلك كان عليه أخرى لان الحاجة لم تسدفع بما سرق ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه أخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لانها الزوجة ليست شرعا لاحتباسها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضى تلك المدة لم ينتف الا عتياض عنها (قوله الا ان يأذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط) وان كان في نفقة ذوي الارحام ما ذكر في الكتاب وما ذكره في زكاة الجامع ان دين نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لان له مطالباً من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه قيل محله في نفقة الاقارب ما اذا أذن القاضي في الاستدانة واستدانوا حتى احتاجوا الى وفاء الدين أما اذا لم يستدوا بل أكلوا من الصدقة لا تصير النفقة ديناً الى هذا مال السرخي وحكم به كثير من القضاة المتأخرين ونصروه وقيدوا اطلاق الهـ دايته وقيل محله ما اذا قصرت المدة بان تكون شهر فأقل والله سبحانه أعلم

فصل جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو في محله ظاهر مذهب أصحابنا أن الإنسان لا يجبر على الاتفاق على ملكه سوى الرقيق وأما في الدواب فيقتضيها بينه وبين الله تعالى (٣٥٥) بالاتفاق عليهم أو في غير الدواب كالدرور والعقار فإنه لا يقتضي به

أيضا إلا أنه إذا كان فيه تضييع المال كان ترك الاتفاق مكرها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوج والمملوك في أن المولى إذا امتنع عن الاتفاق وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك والزواج إذا عجز عن الاتفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بأن في الإيجاب على البيع زوال ملك المولى إلى خلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا إلى خلف لأن نفقة المملوك لا تصير ديناً على المولى بحال من الأحوال وأما في النكاح فتنبى الإيجاب على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال إلى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضى ديناً على الزوج فكان تأخيراً وقوله على ما ذكرنا شارفاً إلى قوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضى لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر واللاحق بالزوج أشد وكان بالدفع أولى (وعن أبي يوسف أنه يجبر) وهو قول الشافعي وقاساه على الرقيق والأصح ما قلناه يعني من عدم الجبر

فصل (وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمه) لقوله صلى الله عليه وسلم في المالك إنهم إخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تمذّبوا عباد الله (فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا أو أنفقا) لأن فيه نظر الجانبين حتى يبقى المملوك حياً ويبقى فيه ملك المالك (وان لم يكن لهما كسب) بأن كان عبداً زناً أو جارية لا يؤجر مثلها (أجبر المولى على بيعهما) لأنهما من أهل الاستحقاق وفي البيع إبقاء حقهما وإبقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لأنهما تصديداً فكان تأخيراً على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير ديناً فكان إبطالا وبخلاف سائر الحيوانات لأنهما ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن إضاعة المال وفيه إضاعته وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجبر والأصح ما قلناه والله تعالى أعلم بالصواب

فصل (قوله وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمه) عليه إجماع العلماء قيل إلا الشعبي والأولى أن يحمل قوله على ما إذا كانوا يقدرون على الاكتساب فإنه لا يجبر على المولى كما سذكر ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير إذن القاضى وبغير إذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والمثلث إذا أنفق قاعاً على الوديعة واللقطة والدار المشتركة إذا كان أنفق أحدهما في ممرته بغير إذن صاحبه وبغير أمر القاضى فهو متطوع كذا في الخلاصة وفيها إذا شهد شاهدان على رجل في يده أمانة أن هذه حرة قبل القاضى هذه الشهادة أدعت الأمانة أو جحدت وبضعتها على يد عدل وتقرض نفقة الأمانة أن طلبت على الذي كانت في يده اهـ ولو أن عبداً صغيراً في يد رجل فقال لغيره هذا عبدي أودعته عندي فأنكر يستخلف ما أودعه ثم يقضى بنفقه على من هو في يده لأنه أقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم مملكته ولو كان كبيراً لا يخلف لأنه في يده نفسه والقول له في الرق والحرية والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث أبي ذر أنه صلى الله عليه وسلم قال هم إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس ولا تكفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم ورأى أبو داود بسند صحيح وزاد فيه ومن لم يسلطكم منهم فبيعوهم ولا تعذبوا خلق الله وعن علي رضي الله عنه قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت أيما كنتم رواد أحمده والمراد من جنس ما تأكلون وتلبسون لا مثله فإذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهم الفائق كفي بخلاف الباسه نحو الجوالق والله أعلم ولم يوارث عن الصحابة أنهم كانوا يلبسون مثلهم إلا الأفراد (قوله) فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا أو أنفقا) على أنفسهما حتى لو كان يمكن من الاتفاق على نفسه من مال السيد ليس له أن يتناول منه إلا إذا نهى عن الكسب أما إذا كان عاجزاً عن الكسب فله أن يتناول من مال السيد إذا أبي أن ينفق عليه (قوله) بأن كان عبداً زناً) فيمد أنه إذا كان صحيحاً إلا أنه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزاً عن الكسب لأنه يمكن أن يؤجر نفسه في بعض الأعمال كحمل شيء وتحويل شيء كعين البناء وما قد مناه نقل من الكافي في نفقة ذوى الأرحام ثبوته هنا أولى وكذا إذا كانت جارية لا يؤجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة أجبر على الاتفاق أو البيع بخلاف المدبر والمدبرة وأم الولد فإنه يجبر على الاتفاق عليهم عينا إن لم يقدر وأعلى الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشيء ولو أعتق عبداً زناً سقطت نفقته عنه ويجب في بيت المال وكذا العبد الصغير لأنه ليس بينهما محرمة وإن كان عصبة له كبن العم (قوله) بخلاف سائر الحيوانات الخ) ظاهر الرواية أنه لا يجبره القاضى على ترك الاتفاق عليها إلا أن

لأن إيجاب القاضى المولى على مملوكه كدفع قضاء والقضاء لا بد له من مقضى له وهو من أهل الاستحقاق وهذا هو جدي الرقيق لكونه من أهل أن يستحق حقاً على المولى وعلى غيره في الجملة ألا ترى أنه بالكتابة يستحق حقوقاً على المولى وإن كان مملوكاً كما ما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقاً فلا يصح أن يكون مقضياً له فأنعدم شرط القضاء في عدم القضاء والله تعالى أعلم

كتاب العتاق

(الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم اعياى مسلم أعتق مؤمناً أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضواً منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامه ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال (العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه)

في الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضى له ويعتمد أهلية الاستحقاق في المقضى له وليس فليس لكنه يؤمر به ديانته فيما بينه وبين الله تعالى ويكون أنعاماً قابلاً بحبسها عن البيع مع عدم الاتفاق وفي الحديث امرأة دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت لاهى أطلقتهناً كل من (١) خشاش الارض ولاهى أطمعها وذكر المصنف انه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان يعنى ما تقدم من رواية أبى داود لا تعذبوا خلق الله ونهى عن اضاعه المال وهو ما في الصحيحين من انه صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن اضاعه المال وكثرة السؤال وعن هذا ما ذكرناه بكرة في غير الحيوان أن لا ينفق عليها يعنى كالاملاك من الدور والزروع فانه يؤدى الى مضايح المال وعن أبى يوسف انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعى ومالك وأحمد رحمهم الله وغاية ما فيه أن يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضى على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب أحدهما من القاضى أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعاً بالاتفاق عليها فالقاضى يقول لا أبى ما أن تبسح نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لخاص الشريك ذكره الخصاف وفى المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر الشريك وفروع وتجبر النفقة على من له المنفعة مالكا كان أو لأمثاله أوصى بعبد لرجل وخدمته لا خرفا لنفقة على من له الخدمة ولو أوصى بحارية لانسان وبما فى بطنه لا خرفا لنفقة على من له الجارية ومثله أوصى بدار لرجل وسكنها لا خرفا لنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان ائتمت فقال صاحب السكنى أنا أنبها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطرب فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلومع صاحب السفلى اذا ائتمهم السفلى وامتنع صاحبه من يناله كان لصاحب العلوان بينه وبينه صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه ولا يكون متبرعا وكذا لو أوصى بتخل واحد وبثرا لا خرفا لنفقة على صاحب الثمرة وفى التبن والخنطة ان يبنى من ثلث ماله شئ فالنفقة فى ذلك المال وان لم يبق فالتخلص عليهما لان المنفعة لهما وأقول ينبغي أن يكون على قدر قيمة ما يحصل لكل منهما ولا يلزم ضرر صاحب القليل ألا يرى الى قولهم فى السهم اذا أوصى بدهنه لواحد وبشجرة لا خرفا لنفقة على من له الدهن لعهده عدما وان كان قد باع وينبغي أن يجعل كالحنطة والتبن فى ديارنا لان الكسب يباع لعلف البقر وغيره وكذا أقول فيما عن محمد بن شاة فأوصى بلحمه الواحد وبجدها لا خرفا لتخلص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح أجره الذبح على صاحب اللحم لا الجلود ونفقة المبيع قبل أن يقبض قبل على المشتري فتكون تابعة للكل كالرهن والحجج انه على البائع مادام فى يده ويجوز وضع الضريبة على العبد ولا يجبر عليها بل ان اتفقا على ذلك والله سبحانه أعلم

كتاب العتاق

اشترك كل من الطلاق والاعتاق في انه اسقاط لأنه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك منافع البضع وأما اسقاط ملك ما فى الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عذو فقدمت أنواع الاسقاطات باسماء المنب اليها مع اختصار وتسرى اضافة البعض الى الكل وهذا على ظاهره قولهما وعلى قوله بتأويل الاول الى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ الا أنه قدم الطلاق وان كان غير مندوب

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسفته له في انه اسقاط بنى على السرية والسرور كالطلاق حتى صح التعليق وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل إما افسادا فى الملك أو تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد اثبت كالطلاق ومن محاسنه انه إحياء حكمى يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه أهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية وتفسيره فى اللغة القوة يقال عتق الفرس إذا قوى وطار عن ركبه وفى الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها أهلا للشهادة والولاية والقضاء وأسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى التيب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحرى فى دارنا عبد مسلم فدخل به فى دار الحرب فانه يعتق فى قول أبى حنيفة ومنها الاقرار بجربة العبد اذا اشتراه بعد ذلك بشرطه كون المعتق حرا بالغ مالكا ملكا يمين وركنه ما ثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملأ عن المحل وأنواعه المرسى والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منها اما يبدل أو يغيره وكلامه ظاهر سوى ألقاظ ذكرها

(١) قوله خشاش كذا فى بعض النسخ وأيده فى النهاية قال والخشاش بالكسر الحشرات

وقد يفتح وفى الحديث ان امرأه أفلح وسرده الى أن قال ويرى بالحاء المهملة وهو باس النبات وهو وهم كتبه معججه اليه

الله على العتق المندوب اليه وصلاته بمقابلته وهو النكاح ولانه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلا به وهو من بيان أحكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق وبيان متعلق الحكم بين نفس الحكم المتعلق لانه في بيان أنه يملكه على أي وجه من الخل والحرمة والندب والسرمان وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتناق من المحاسن فان الرق أثر الكفر فالعتق ازالة أثر الكفر وهو احيا حكي لا تحكي موت حكي فان الكافر ميت معني فانه لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوته والعلياقصار كانه لم يكن له روح قال تعالى أو من كان ميتا فأحييناه أي كافه رافهدينه ثم أثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب أهليته لما ناهل له العقلا من ثبوت الولايات على الغير من انكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا يبيعه ولا شرأه وامتنع أيضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات في كثير من الصفات فكان العتق احيا له معنى ولذا والله أعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا وجهه الكريم الاعتناق من نار الجحيم التي هي الهلاك الا كبر قبول احياؤه معني باحيائه معني أعظم احياؤه كما وردت به الاخبار عن سيد الاخبار منها الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيا امرئ مسلم أعنتق امرأ مسلما سنة ذل الله بكل عضومنه عضومنه من النار وفي لفظ من أعنتق رقبة مؤمنة أعنتق الله بكل عضومنه اعضوامن أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج أخرجه الترمذي في الايمان والتذوور رواه ابن ماجه في الاحكام والباقون في العتق وأخرج أبو داود وابن ماجه عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أيا رجل مسلم أعنتق رجلا مسلما كان فكا كمن النار وأيا امرأ مسلمة أعنتقت امرأ مسلمة كانت فكا كها من النار وزاد أبو داود وأيا رجل مسلم أعنتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكا كمن النار يجزى مكان عظمين من سمع عظم من عظمه وهذا يستقل بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لانه يظهر ان عتقه بعنتق المراتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ومنه عتاق الطير لحوارحها وعتق الفرس اذا قوى على الطيران وفرس عتق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك أحد في عصر من الاعصار وقيل للقديم عتيق لقوة سبقه وللخمر اذا تادمت لزيادة قوتها القوة تأثيرها وباعتبار القدم والسبق جاء بيت أوس بن حجر حيث قال

على آية عتقت قديما * وليس لها وان طلبت مرام

يعني قدمت وانها لا ترام بحل وبعده

بأن الغدر قد علمت معد * على وجارني متى حرام

المعنى انه حلف من قديم انه لا يغدر ولا يرفى بجارته وكذا تقول عتقت اذا سبقت وذلك لفضل القوة والعتق أيضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا لجماله وقيل لقدمه في الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكر أنه يقال للكريم يعني الحبيب وقيل قالت أمه لما وضعت هذا عتيقك من الموت وكان لا يعيش لها ولد وكل هذه المفهومات ترجع الى زيادة قوة في معانيها وقيل هو اسم العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه الجمال أو تفاؤلا به بالحسب المنيف أو بعدم الموت واذا كان العتق لغة القوة فالاعتناق اثبات القوة كما قاله في المبسوط والعتق في الشرع خلوص حكي يظهر في الآدمي عما قدمناه بابتنا بالرق ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال انه القوة الشرعية ويمكن أن يكون هذا المعنى من أفراد المعنى اللغوي وعن هذا قال في الصحاح العتق الحرية بناء على ان القوة المفسر هو به اللغة أعم من كونها في البدن أو ما يرجع الى

الاعتاق لانه قال والبلوغ لان الصبي ليس من أهله والعتق من أهل العتق ألا ترى أنه لو ورث أخاه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من أهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك أيضا قوله لان المجنون ليس بأهل للتصرف فان الاعتاق قصر في العتق وقوله (ولهذا) أى وليكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله لانه لما أسند الى حالة منافية الاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس بأهل لقول ملزم يعنى لان الصبا يوجب الحجر عن الاقوال فان قيل لان سلم ذلك بل هو أهل له ألا ترى ان صبا لو أقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لاسمع دعواه أجب بأن المزمع هو يد صاحب البدو اقراره مؤكدا

كتاب العتاق

قال المصنف (شرط الحرية لان العتق لا يصح الا فى ملكه) أقول لك أن تقول بعد قوله فى ملكه لا يحتاج الى شرط الحرية والجواب ان اشتراط الحرية

شرط الحرية لان العتق لا يصح الا فى ملكه ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا الوفاة البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا الوفاة الصبي كل مملوك أملكه فهو حر اذا احتلت لا يصح لانه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد فى ملكه حتى لو أعتق عبدا غيره لا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم

معنى آخر وإذا أطلق قوله فى المواضع التى عسدها باعتمادها باعتماد قوة ترجع الى معان مختلفة الا أنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح فى المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية فالاعتاق شرعا ثبات القوة الشرعية وهو التحرير بثبات الحرية وهى الخلو من طين حلال الخصال عما يشوبه ومنه يقال أرض حرة لاخراج عليها الكل يرجع الى معنى القوة والرق فى اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق وقد يقال العتق يعنى الاعتاق فى الاستعمال الفقهى تجوز باسم السبب عن السبب كقول محمد أنت طالق مع عتق مولدك أياك وسببه الباعث فى الواجب تفريق ذمته وفى غيره قصد التقرب الى الله تعالى وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك فى القريب وقد يكون الإقرار بحرية عبد انسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول فى دار الحرب فان الحربى لو اشترى عبدا مسلما فدخل به الى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة وكذا زوال يده عنه بأن هرب من مولاه الحربى الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سئذ كره وهو نفسه ركن الاعتاق اللفظى الانسانى وشرطه أن يكون العتق حرا بالاعاقلا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته فى الاختيارى انه مندوب اليه غالبا ولا يزم فى تحقة شرعا وقوعه عبادة فانه يوجد بلا اختيار ومن الكافر بل قد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا اذا غلب على ظنه انه لو أعتقه يذهب الى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريره خلافا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق لزيد والقرية ما يكون خالصا لله عز وجل فتحصل ان العتق يوصف بالاحكام من الوجوب والتدب والاباحة والتحرير هذا وفى عتق العبد الذى لم يخف ماذ كرنا أجره لئلا يكتسبه من النظر فى الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه وأما ما عن مالك انه اذا كان أعلى ثمانا من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم أفضلها أغلاها بالمهمل والمجمل فبعد عن الصواب ويجب تقييده بالا على من المسلمين لانه تمكن المسلم من مقاصده وتفريغه وأما ما يقال فى عتق الكافر ماذ كرنا فهو احتمال يقابله ظاهر فان الظاهر رسوخ الاعتقادات والفهارى يرجع عنها ولذا انشأه الاحرار بالاصالة منهم لا يزدادون الارتباط بعقائدهم فضلا عن عرض حرته ثم الوجه الظاهر فى استحباب عتقه تحصيل الحرية منه للمسلمين وأما تفريغه للتأمل فيه فهو احتمال والله أعلم (قوله ولا ملك للمملوك) عن هذا قلنا ان مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبدا وله مال فمالا للعبد رواه أحمد وكان عرازا أعتق عبدالم بن عمر بن الخطاب قبل الحديث خطأ فعمل عمر بن باب الفضل والجمهور ما عن ابن مسعود انه قال لعبد يا عيراني أريد أن أعتقك عتقنا هنيئا فأخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أيعا رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بما له فهو لسيده رواه الأثرم (قوله وكذا اذا قال الصبي الخ) وكذا اذا قال المجنون اذا أعتق فهو حر لا ينعقد كلامه ما سببا عند الشرط لعدم الاهلية حال التكلم الملتزم فلم يقع تعليقا معتبرا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) روى أبو داود

(واذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو) لأن هذه الألفاظ صريحة فيها لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فإغنى ذلك عن النية والوضع وإن كان في الاخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عتيت به الاخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة) لأنه يحتمل

والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال صلى الله عليه وسلم لا تدر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتقه فيما لا يملك ولا طلاقه فيما لا يملك قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روى في هذا الباب وقوله حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ مقيدهم الو كالة (قوله) لأن هذه الألفاظ صريحة فيه أي الألفاظ التي تستعمل لإنشاء الاعتاق صريح وكتابه قال صريح المولى والحرية والعتق بأى صيغة كان فعلا أو وصفا أو مصدرا فالفعل نحو أعتقتك وحرتك وأعتقتك الله على الأصح وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محترم عتيق معتق ولو في النداء كما حر يا عتيق فاه هكذا حر والمولى كقوله هذا مولاي أو يامولاي يعتق وإن لم ينو والمصدر العتاق عليك وعتقتك على ولو زاد قوله واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر ولو قال أنت عتق أو عتاق أو حرية عتق بالنية ذكره في جوامع الفقه فعلى هذا لا بد من إصلاح ضابط الصريح ثم حكم الصريح أن يقع به فواء لم ينو لأن نوى غيره إلا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع إذا نوى غيره فلو قال فويت بالمولى الناصر لا يصديق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى وينبغي أن يكون هذا إذا لم يكن هازلا فإن كان هازلا فإنه يقع فيما بينه وبين الله تعالى وإن نوى غيره وهو الكذب هزلا هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من السكافي من قوله ذكر محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن اسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أبي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه وزلت هذه الآية ولا تتخذوا آيات الله هزوا في ذلك فإنه يقتضى وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به وذكر يعنى محمدا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه وزاد الشافعية في الصريح فك الرقة ودفع بأنه خلاف الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لذلك القائل اليساؤه فك الرقة أن تعين في عتقها وقوله تصححرا إضافة للعتق وتقوم حرا وتقعديعتق في الحال ولو قال أنت حر النفس عتق في القضاء وإن قال في أفعالك وأخلاقك لا يعتق هكذا روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة وقال أما أنا أرى أن يعتق إذا أراد به الحرية وعن أبي يوسف يعتق بالنية قيل والظاهر قول محمد رجه الله وبأدنى تأمل يظهر أن لافرق بين هاتين العبارتين في المعنى فإذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل وعن أحمد أنه صريح واستبعد (قوله) لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا على وجه يتبادر بالقرينة مع الشهرة فيه وذلك إمارة الوضع فوافق قول الأيضاح وغيره حيث قالوا الصريح ما وضع له والوضع يغنى عن النية (قوله) فأغنى عن النية يعني أنه لا يشترط النية لنسب العتق أمانة عدمه بأن ينوى به شيئا آخر فعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لافي القضاء على ما سبذكر (قوله) والوضع أي وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجي فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مشلا موضع نسبة الفعل الذي عين الواضع صيغته للدلالة على معنى حدثه إلى شيء ليفيد الاخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لاثبات أمر لم يكن وضع آخره والحاصل أن الحاجة قائمة إلى اثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من دفعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الألفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لأن أهل اللغة أيضا يشبهون هذا المعنى أعنى تحرير العبيد والاماء ببعض هذه الألفاظ فقوله فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية لم يصح بقاء العمل المذكور ولا شك

وقوله (واذا قال لعبده أو أمته أنت حر) قال في المبسوط الألفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكتابه التي يحصل بها العتق صريح وكتابه فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء أما صيغة الخبر فإن يقول قد أعتقتك أو حرتك وأما صيغة الوصف فإن يقول أنت حر وأنت عتيق وأما المنادى فإن يقول يا حر يا عتيق وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي الخ

(ولادين قضاء) لانه خلاف الظاهر (ولو قال له ياحر يا عتيق يعتيق) لانه نداء بجاهر صريح في العتق وهو لاستحضار المنادي بالوصف المدكور وهذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقتضي بثبوت تصديقه فيه أخيراً وسنقره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سمع حراً ناداه ياحر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولوناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتيق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخباراً عن الوصف

وقوله (وسنقره من بعد) أراد به قوله في مسألة يا ابني على ماسيجي وقوله (الا اذا سمع حراً استثناء من قوله ولو قال له ياحر) وقوله وكذا عكسه (يعني بأن ناداه بقوله ياحر وكان لقبه آزاد وقوله (فيعتبر اخباراً عن الوصف) قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حراً علمه كان قوله ياحر انشاء للحرية لا اخباراً عن الوصف وأجيب بأنه اذا لم يكن حراً كان المنادي في الحقيقة ذاتاً موصوفة بصفة الحرية والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف وكان النداء اخباراً بأن المنادي موصوف بهذه الصفة

انه الشارع وبفيمده قوله كافي البيع أيضاً وحينئذ فيجب أن يكون المراد بجعل الشارع تقريره وكذا في الطلاق والعتاق وقد قدمنا في باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب من أن الطلاق يثبت اقتضاء تصحيح الاخبار فيه وكلام الكافي في العتق أيضاً مثله وهو يقتضي انه على خبره لم يجعل انشاء أصلاً وعلى هذا اقرره المصنف في الطلاق ولفظه في البيع بخالف ذلك وانما لا تعتبر النية لانها تعتبر اذا كان المراد مشتبهاً والحق ان المعنى متبادر في خصوص المادة وهو ما اذا كان الخطاب لعبداً وبالإشارة كقوله هذا حر فانه يعتيق به أيضاً والوضع بعده باعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعاً جديداً فيمكن ثبوت العتق عنده بحكم الشرع به اقتضاء تصحيح الاخبار كما شئ عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق ثم هذا التقرير انما يجري في غير النداء أما في النداء فالحرير فيه لا يثبت وضعا بل يقتضاء على ماسيد كره المصنف هذا ويلحق بالصريح قوله بعده وهبتك نفسك أو بعثك نفسك فانه يعتيق وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة ملكه الا أنه اذا أوجبه لا حرية توقف على قبوله واذا أوجبه للعبد يكون من بلا بطريق الاسقاط فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد بالرد أما اذا قال بعثك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول (قوله ولا يدين لانه خلاف الظاهر) بخلاف ما لو قال غنيت انه كان حراً في وقت فانه يتظر ان كان العبد من السبي دين وان كان مولداً لا يدين كذا في الغاية (فروع) في البدائع دعا عبده سالماً فأجابه آخر فقال أنت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال غنيت سالماً عتق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى انما يعتيق الذي عنه ولو قال يا سالم أنت حر فآذاه وعبد آخر عتق سالم لانه لا مخاطب هنا الا سالم وفيه قال لعبد أنت حر وألزوجته أنت طالق ان نوى العتق والطلاق وقع لانه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب الا انهم انبست صريحة لانهم عند الانفراد لم يوضع للمعنى فصارت كالكنية تنقف على النية ولو قال أنت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لانه اذا صار حراً في شيء صار حراً في كل الاشياء (قوله وهو لاستحضار المنادي بالوصف المدكور) هذا هو حقيقته تكلم في النداء في مواضع أولها هذا وتعمام عبارة فيه فيقتضي تحقيق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقتضي بثبوت تصديقه وسنقره من بعد أي في مسألة يا ابني ثانياً فيما اذا لقبه حراً ثم ناداه يا آزاد و آزاد وناداه ياحر انه يعتيق فقال لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخباراً عن الوصف المدكور وهذا من معانيه ان عتقه باعتبار اخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقه ولا يخفى انه لا اخبار في النداء الا شئنا فان قوله ياحر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فثبت الحرية شرعاً صحيحاً كلامه وهذا يبيد ان ثبوتها اقتضاء تصحيح الاخبار الضمني وهو لا يقتضي نقل الاخبار الى الانشاء واما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله يا ابني يا أخى حيث لا يعتيق فزاد فيه في ثبوت الاعتقاد قيداً آخر وهو أن يكون ذلك الوصف الذي عبر به عن المنادي يمكن اثباته من جهته كالعتيق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل مجرد اعلامه باستحضاره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء لانه لو خلق من مائه كان ابناً قبل النداء لانه لا يفرع في جوامع الفقه قال لعبده ياحر اسقني ثم اشتراه يعتيق قبل هذا انقض القاعدة أجيب بأنه يمكن اثباته حال النداء بأن أعتق عبده فآجاز المولى فانه يعتيق (قوله لان مراده الاعلام) أي اعلام العبد باسم علمه ليحضر بندائه وهذا ظاهر اذا كان علميته

وقوله (وسأيتك الاختلاف فيه) يريد الاختلاف في تجزى الاعتاق على ما ذكره وقوله وقد بيناه معنى الطلاق وقوله وكذا قوله لامتة قد أطلقتهك) يعنى ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلا لمنااسبة الارسال تخلية السبيل بخلاف قوله أطلقتهك فانها لا تعنى لانه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما أتى بيانه وقوله لان السلطان عبارة عن اليد يقال لفلان سلطنته ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي اليد وانه قال لا يدلى عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعنى لجواز ان تزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لى عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نوى الملك بأن قال لا ملك لى عليك ونوى العتق عتق فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوماً وما زال وال الملك أو لازماله فان كان الاول فليكن مجازاً لان المجاز كالملزوم وإرادة اللازم وان كان الثانى فليكن كناية لان الكناية كالا لازم وإرادة الملزوم فالجواب انه ليس ملزوم لزوال الملك لانفسا كما عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا ولا يلزم له لانفسا كزوال الملك عنه (٣٦١) فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق الى أن يسلم

(وكذا لو قال رأسك حراً أو وجهك أو رقبتهك أو بدنك أو قال لامتة فربحك حر) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان أضافه الى جزء شافع يقع في ذلك الجزء وسأيتك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان أضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه (ولو قال لا ملك لى عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعنى) لانه يحتمل انه أراد لا ملك لى عليك لاني بعثك ويحتمل لاني أعنتك فلا يتعين أحدهما مراداً بالنية قال (وكذا كتابات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لى عليك ولا رقى لى عليك وقد خليت سبيلا لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخليصة السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامتة قد أطلقتهك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلا وهو المروى عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف قوله أطلقتهك على ما بين من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال لا سلطان لى عليك ونوى العتق لم يعنى)

له معلومة فيكون قصد غيره استحصال الفات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعنى الآن يريد فيعتق حينئذ (قوله أو قال لامتة فربحك حر) خص الامة لان قوله لعبد فربحك حرة فيه خلاف قيل يعنى كالامة وعن محمد لا يعنى لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها فربحك على حرام ينوى العتق لا تعنى لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفي لسانك حر يعنى لانه يقال هو لسان القوم وفي الدم روايتان ولو قال لها فربحك حر عن الجماع عتقت وفي الدر والاسم الاصح انه لا يعنى لانه لا يعبر به عن البدن وفي العتق روايتان والاولى ثبوت العتق في ذكر كره لانه يقال في العرف هو ذكراً من الذكور وقلان في ذكراً وهو ذكراً (قوله وسأيتك الاختلاف فيه) عند أبي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعنى كانه وهى مسألة تجزى الاعتاق الانية (قوله ولو قال لا ملك لى عليك) شروع في الكتابات والحاصل ان ما ليس بصريح من الالفاظ منها ما يقع العتق به اذا نواه ومنها ما لا يقع به شيء وان نواه فالاول نحو لا ملك لى عليك لا سبيل لى عليك خرجت من ملكي لارق لى عليك خليت سبيلا ولا حق لى عليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقوله لامتة أطلقتهك أو انت حر أو قال لعبد انت حرة عتق في الجميع ان نوى

(قوله وتفسيره في اللغة الخ) أقول أى تفسير الاعتاق بمعنى العتق ففيه استخدام اذا كان المراد من لفظه معنى الاعتاق كما لا يخفى (قوله ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربى الخ) أقول لم تزل يد الحربى عنه في هذه الصورة بل عتقه لامر آخر كما يجيىء في كتاب السير وزوال يده عنه فيما اذا هرب من دارهم أو ظهر عليها كما يجيىء أيضاً (قوله وشرطه كون المعتق حراً) أقول فيه استخدام أيضاً (قوله ألا ترى أن صبيالواقر بالرق لزومه) أقول لعل المرد الصبي الذى كان في يد صاحب اليد قبل أن يعبر عن نفسه والا فالصبي المعبر عن نفسه في يده نفسه كما ستقف عليه

(٤٦ - فتح القدر ثالث) في كتاب الشهادات (قوله فالجواب انه ليس ملزوم الى قوله فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق) الى أن يسلم أقول قال المحشى الشهير يعقوب باشا فيه كلام فانه لم لا يجوز أن تعتبر العلاقة بين زوال اليد والاعتاق فان قلت الاعتاق ازالة الملك عند أبي حنيفة قلت نعم لكنه ازالة مخصوصة ولو سلم فلا يتضح الكلام على قوله ما وليس في المسئلة خلاف مسموع بل الصواب في الجواب أن يقال ان اللفظ المستعمل في حق العبد انما يحمل على العتق مجازاً اذا كان أصل معناه منافياً للعبدية سواء كانت المناقاة بسبب العتق أو بسبب آخر فلا حتمال العتق يحمل عليه مع النية كما في لا سبيل لى عليك وأما اذا لم يكن منافياً كما في لا يدلى عليك فلا لعدم الضرورة فتأمل اه وفيه بحث فان الحصر المستفاد من قوله انما يحمل على العتق الخ ممنوع لا بدله من دليل وكيف لا يمنع والعتق من محتملات كلامه وفيه تشديد عليه ثم في جواب الشارح بحث من وجه آخر بان يقال وكذا زوال السبيل ليس بلازم لزوال الملك فان الملك يزول بالبيع قبل تسليم المبيع واليمن والبائع بسبيل من حبس المبيع الى أن يسلم الثمن وجوابه أن السبيل المضاف لازم للملك ونفيه ملزوم لنفيه فليتامل

لان السلطان عبارة عن اليد وسمى السلطان به لقيام يده وقد سبق الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا باستثناء الملك لان اللولى على المكاتب سبيلا فلذلك يحتمل العتق (ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق)

ولو قال أنت لله او جعلتك لله خالصا روى عن أبي حنيفة انه لا يعتق وان نوى لان الاشياء كلها لله يحكم الخلق وعنه انه يعتق لان الخلو لا يتحقق الا بالعتق والثاني نحو ان يقول لعبد منتهى ولا منتهى بنت عني او حرمت على او أنت برة او بائن او بسة او اخرجي او اغربي او استتري او تقبني او اذهبي او اختاري فاخترت نفسها لانه يثبت العتق بها وان نواه وكذا طلقك وكذا اسرصرائح الطلاق وكذا ياته المسند كذا اذا قال اذهب او توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وان نوى وفي المغني اذهب حيث شئت كناية ولو قال أنت مثل الحر لا يعتق لان التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق ذلك وقال بعض المشايخ يعتق اذا نوى كقوله لامرأته انت مثل امرأ فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به موليا ان نوى الايلاء (قوله لان السلطان عبارة عن اليد) قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد لكن كلام المصنف يفيد انه لا يتحقق الا بالهبة والحوزة فانه قال وسمى السلطان به لقيام يده فانه يقتضي أن المعنى الحقيقي الاصل للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لا تصافه باليد كما تسمى رجلا بالفضل لا تصافه به ثم قيل هو مشترب بين الحجة لقول ابن عباس كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد فاذا قال لا سلطان لي عليك فانما نفي الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب بخلاف نفي السبيل لانه نفي الطريق والطريق المسلول لا يراد حقيقة هنا فيجعل كناية عن الملك لان الطريق ما يتوصل به الى غيره والملك في العبد يتوصل به شرعا الى انفاذ التصرفات فاذا صح جعله كناية عنه عتق اذا اراده بخلاف السلطان فانه اليد فنفية نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب فلو جعل كناية عن العتق وفيه ازالة اليد والملك ثبت باللفظ أكثر مما وضع له وانه لا يجوز وكذا لا حجة لي عليك واعلم ان بعض المشايخ مال انه يعتق بالنسبة لا لسلطان لي عليك وبه قال الاثمة الثلاثة وقال بعض المشايخ انه ليس يعبد وعن الكرخي رحمه الله في عري ولم يتضح لي الفرق بين نفي السلطان والسبيل ومثل هذا الامام لا يقع له مثل هذا الاوالمحل مشكل وهو به جدير اما اولافان اليد المفسر بها السلطان ليس مرادها الجارحة المحسوسة بل القدرة فاذا قيل له سلطان أي يد يعني الاستيلاء وقد صرح في الكافي بان السلطان يراد به الاستيلاء واذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصح أن يراد منه ما يراد بنفي السبيل بل أولى بآدني تأمل وأما ما يقال المانع الذي عنه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع اذا غاية الامر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي ولا بدع في ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة فان المعنى الحقيقي فيها يصير فردا من المعنى المجازي كذا هذا يصير زوال اليد من أفراد المجازي أعني العتق أو زوال الملك فالذي يقتضيه النظر كون نفي السلطان من الكنايات (قوله وثبت على ذلك) قيل هذا قيد انشائي لا معتبر ولا يذكره في المبسوط وذكر في النبايع الثبات ليس بلازم وفي النهاية رأيت بخط شيخني وفي شرح القندوري لابي الفضل اراد بقوله وثبت على ذلك انه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفي أصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق وبوافقه ما في المحيط وجامع شمس الاثمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك أو همت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لاجنية بولد مثلها المشبه هذه بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جازأصر على ذلك أم لا قالوا هذا في معرفة النسب أما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يحز والاجاز قال في المجتبى عرفت بهذا ان الثبات شرط للفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب لا العتق لان ثبوت النسب

وقوله (لان اللولى على المكاتب سبيلا) يعني من حيث المطالبة يبدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق قال (ولو قال هذا ابني) ومن قال لعبد الذي يولد مثله مثله وليس له نسب معروف هذا ابني (وثبت على ذلك) ثبت النسب فيعتق عليه

قال المصنف (لان اللولى على المكاتب سبيلا الخ) أقول مناقض لقوله لانه يحتمل نفي السبيل بالبائع والكتابة

ومعنى المسئلة اذا كان بولده مثله لثله فان كان لا بولده مثله لثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف ثبتت نسبته منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبته منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبته منه للتعذر ويعتق اعمال الالفاظ في مجازة عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجازة كره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاي اوبيا ولاى عتق) اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والأسفل في العتاقة الا انه تعيين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بعمله كعادة والعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام للحقيقة والاضافة الى العبد تنافى كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصریح وكذا اذا قال لامته هذه مولاي لم يثبت له ولو قال عني به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مراد التحق بالصریح وبالنسب باللفظ الصريح يعتق بأن قال باحرا يعتق فكذا التذاهب بهذا اللفظ

يصح الرجوع عن الاقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوج عن اقرى بينهما وفي مختصر الكرخي اذا اقر في مرضه بأخ من أبيه وأمه وابن ابن أو بعم وصدقه المقر له ثم انكره المريض وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم أوصى بماله لرجل ولا وارث له فان المال كله للموصى له ولا شيء للمقر له لان المريض بحسب ما أقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما ثم اذا قال هذا ابني هل تصير أمه أم ولده اذا كانت في ملكه قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب وقيل تصير أم ولد في الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبته منه لا تصير أم ولد وان كان مجهول حتى ثبتت نسبته منه صارت أم ولده وهذا أعدل (قوله اذا كان بولده مثله لثله) يعنى اذا كان مثله في السن يجوز شرعا أن يكون ابنا لمثل المدعى في السن هذا هو المراد وحاصله اذا كان سنه يحتمل كونه ابنه لا المشاكاة حتى لو كان المدعى أبيض ناصعا والمقول له اسود حال أو بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب (قوله وان كان ينتظم الناصر) قال تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا وانى خفت الموالى من ورائى (قوله فتعين الاسفل فالتحق بالصریح) أورد عليه شارح انه مشترك استعمال في معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من التنية وقوله المولى لا يستنصر بعمله كعادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم على ان نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم ينادى أنا عني الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على أن المراد الاسفل ولا تعتبر ارادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة اه والجواب ان قوله استعمال في معان فلا يكون مكشوف المراد ان أراد ادعاء منعه لجواز أن ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لا قترانه بما ينفي غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه ومنعه ان المولى لا يستنصر بعبد لا يلائم ما أسنده به من قوله تحصل النصرة بهم لان المراد انه اذا حربه أمر لا يستدعى للنصر عبده بل بنى عمه وان كان العبد والخدم ينصرونه لكنه بأنف من دعائهم عادة فنداهم لذلك فأن دعائهم اياهم لذلك من كونهم ينصرونه وأما قوله الصريح يفوق الدلالة فكانت أراد الكناية فطغى قلبه فنقول هذا الصريح وهو قوله أردت الناصر بلفظ المولى انما قاله بعد قوله عماء هو المحقق بالصریح في ارادته العتيق فأنبت حكمه ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعد رجوع عنه فلا يقبله القاضى والكلام فيه ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى لو أراد الناصر لم يعتق فأين المكابرة واعلم ان في المسئلة خلافا ذهب بعض المشايخ انه لا يعتق في هذا مولاي الابانية وانه بين الصريح والكناية

صدق وقيل الثبات شرط النسب ليكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل هو شرط اتفاق وقوله (لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب) لان ليس له نسب معروف فيثبت نسبته (واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلق وان كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق اعمالا للفظ في مجازة عند تعذر الحقيقة) وسيجي بيان تجوز المجاز (ولو قال هذا مولاي) ظاهر وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فان قصر عليه وهو يستعمل في ثلاثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير أما محييه بمعنى الناصر فكافي قوله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وأما معنى ابن العم فكافي قوله تعالى وانى خفت الموالى من ورائى وقوله (والثالث نوع مجاز) يعنى الموالاة في الدين لان المولى مشتق من الولى وهو القرب ولا قرب بين المشرق والمغرب من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفسه

كذا في بعض الشروح ومعناه الفرض والتقدير وقوله (فالتحق بالصریح) يعنى بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبدا

(قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعنى شرح تاج الشريعة

وقوله (واما الثاني) يعني به قوله يامولاي وقوله (بخلاف ماذكر) يعني قوله ياسيدي بامالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق معناه ان معنى قوله يامولاي يامن لي عليه (٣٦٤) ولولا العتاقة حيث تعين الاسفل مر ادا قيسبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو

الولاء وهو يقتضى سابقة العتق بخلاف قوله ياسيدي بامالكي فان معناه يامن له السيادة والملك على ولم يثبت به شئ يختص بالعتق فيه مل على المجاز وهو الاكرام والتلطف وقوله (ولو قال يا ابني أو يا أخى لم يعتق) فرق بينهما وبين قوله يا حر في وقوع العتق به دونهما لان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة كان النداء الحق في ذلك الوصف في المنادى استحضار له بالوصف المخصوص كما هو في قوله يا حر فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهة في الحال (على ما بينا) يعني في قوله لانه نداء بما هو صريح وهو لا استحضار المنادى الخ واذا كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حال النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية (وروي الحسن عن أبي حنيفة انه يعتق فيهما) أى في قوله يا ابني يا أخى والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة الفاظ في ظاهر الرواية يا حر يا عتيق يامولاي وفي رواية الحسن

وقال زفر رجه الله لا يعتق في الثاني لانه يقصده الاكرام بمنزلة قوله ياسيدي بامالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به بخلاف ماذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراماً محضاً (ولو قال يا ابني أو يا أخى لم يعتق) لان النداء للاعلام المنادى لانه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة كان التحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضار له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بينا واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حال النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لجرد الاعلام وروى عن أبي حنيفة رجه الله شاذاً انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابني لم يعتق لان الامر كما أخبر فانه ابن أبيه وكذا اذا قال يا ابني أو يا ابنة لانه تصغير لابن والبنت من غير إضافة والامر كما أخبر (وان قال الاعلام لا يولد مثله لانه هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رجه الله) وقال لا يعتق وهو قول الشافعي

(قوله) وقول زفر لا يعتق في الثاني) وهو يامولاي الابنية وقوله قال الشافعي ومالك وأحمد لانه يراد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدي بامالكي أفادهم ما من الكتابات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناو بالعتق عتق وهكذا في ياسيد وقد قيل انه يعتق بهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق في ياسيدي لافي ياسيد والمختار انه لا يعتق فيهما الابنية (قوله بخلاف ماذكر) وهو ياسيدي بامالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا بعد العتق لانه لا يصير سيدا بالعتق لسيدته والوجه ان حقيقة متعة لغيره ان المتكلم حر غير عبد فحين المجاز ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز ان يريد مجازاً بآخره والاكرام فلا يتعين لاحد ما لا بالنية فقلنا اذا نوي ياسيدي العتق عتق أما اذا لم تكن له نية صير الى الاخف الذي هو الاكرام لان زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال بلانية بخلاف يامولاي لانه بحقيقته في الاسفل يثبت العتق بعد استنفاء الحقائق الاخرى بالنافي (قوله ولو قال يا ابني أو يا أخى لم يعتق) لان النداء للاعلام المنادى بطولية حضوره فان كان بوصف يمكن اثباته من جهة تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقه كما سلف وان لم يمكن تجرد الاعلام والبنوة لا يمكن اثباته من جهة العتق الانبعا لو انخلق من ماء غيره ولا تثبت لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف بالنسب والاف هو مشكل اذ يجب أن يثبت النسب تصديقه فاعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد رجه الله لو قال لعبده يا عتي يا أخى أو يا ابني باجدي أو يا ابني أو يا حر بتمه باعني يا خلتى أو يا أخى أو لعبده يا أخى لا يعتق في جميع ذلك ووجهه على وجه دفع واعلم انه اذا كان المقصود من النداء استحضار الذات لانه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ جعل مثبته مع النداء والا لا شأن ان الابنية لا يمكن اثباته بذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره فقول المصنف لانه لو خلق من ماء غيره الى آخره لا فائدة فيه للقطع بانه اذا خلق من مائه لا تثبت الابنية الا بذلك التخليق من ذلك الماء لا باللفظ وهذا على ان ثبوته لا بطريق الاقتضاء وذلك لان ما يثبت لتصحيحه يجب كونه خيراً سرياً بخلاف ما تضمنه النداء بالوصف وعلى هذا قد تقدمنا تقريره في يا حر مساهلة لعدم اختلاف الجواب فان الثابت الحرية فان قرر ثبوتها اقتضاء الخبر الضمني أو اثباته بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود وأما الرواية عن أبي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها الا لزوم الثبوت اقتضاء الخبر الضمني بتحقيق وصف الابنية غير انه يستلزم ثبوت النسب اذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق اذا كان معلوم النسب (قوله لهم ان هذا كلام محال) أى معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو نفسه واذا عداغوا لم يوجب حكماً أصلاً لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو

بنحو خمسة ألفاظ الثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا أخى والاعتماد على الظاهر وقوله (ولو قال يا ابن) ظاهر قال (وان قال الاعلام ثبوت لا يولد مثله) اذا قال لعبده وهو أكراماً منه (هذا ابني عتق عند أبي حنيفة وقال لا يعتق) وهو قول أبي حنيفة وأولاً (وهو قول الشافعي)

وأصل هذه المسئلة أن المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي التكلم عند أبي حنيفة على ما عرف في الأصول وقد قررناه في التقرير فقلنا لا الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز بخلاف الأصل غير سنانا فإن الحقيقة فيه متصورة لا مكان أن يكون العلق منه واشتهر نسبه من غيره فصارك قال أعتقدك قبل أن أخلق أو تخلق وقال أبو حنيفة تصور حكم الحقيقة ليس بشرط فإنه لو قال الحر اشتريت بكذا كان نكاحا صحيحا والحرية ليست بعمل للبيع بل الشرط صحة التكلم وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدأ وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكته لأن البنوة إذا ثبتت في المملوك كان حراما حين العلق وذو كمال ملزوم وإرادة اللازم هو المجاز فصارك أنه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العلق لا محالة فيجعل على ذلك صحة الكلام بخلاف ما استشهد به على بناء المفـعول لأنه لا وجه للمجاز إذ ليس قوله أعتقدك قبل أن أخلق ملزوما لقوله أنت حر من حين ملكته لأن الأول (٣٦٥) يقتضي عدم ورود الملك عليه

والثاني يقتضي ورود البتة والشئ لا يكون ملزوما لما يشافيه واللازم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال وقوله (وهذا يخالف ما إذا قال لغیره قطعك بذلك فأخرجهما صحيحين) جواب عما يقال لو كان صحة ذكرا الملزوم وإرادة اللازم مجوزة للمجاز وإن لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الأرض في الصورة المذكورة لأن القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعك بذلك مجازا عن قوله لك على خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله وتقرى جوابه أن القطع خطأ ليس بسبب المال مطابق بل لما يخالف المال المطلق في الوصف وهو الأرض (حتى وجب على العاقلة في سنتين) بلفظ التثنية كذا في النهاية وذلك المال الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن إثباته بدون القطع فاهو مسبب لا يمكن

رحمه الله لهم أنه كلام محال الحقيقة فيرد فياغو كقوله أعتقدك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولا يـ حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه أخبار عن حرية من حين ملكه وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحرية إما إجماعا أو صلة للقرابة وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمساواة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيجعل عليه تحرر زاعن الإلغاء بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتمين الإلغاء وهذا بخلاف ما إذا قال لغیره قطعك بذلك فأخرجهما صحيحين حيث لم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سببا لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرض وأنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع وما يمكن إثباته فالقطع ليس بسببه أما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه

ثبوت العلق كما أنه الغافقوله أعتقدك قبل أن أخلق لم يثبت به العلق وهذا بناء على أن شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الأصل فإن المجازي ليس محلا وعنده لابل الشرط صحة التركيب لغة بأن يكون مثلا مبتدأ وخبرا ومن ساعد بانتهاض وجهه في المبني ساعد بهذا الفرع وشعوه وبه يعرف أن استدلال المصنف كله في غير محل النزاع لأنهم لا يشكرون أن البنوة مسبب للعلق وأنه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الأصل أي الحقيقي فتمرر بمحل النزاع أن تقول أنت قولا على أن المجاز خلف عن الحقيقة لو جود معنى الخلف به والأصل أن لا ينصاري إلى المجاز إلا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعيين المجاز بلبس آخر واختلافه في جهة الخلفية فعندهما الخلفية بينهما في الحكم يعني أن الحكم الذي يثبت به المجاز كيثوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي يثبت به نفس هذا اللفظ إذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند أبي حنيفة في التكلم يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الأصل والأول أوجه وإن كان معنى الآخر صحيحا لأنهم لم يحكموا خلافا سوى في جهة الخلفية وعلى ما قيل يكون فيها وفي الأصل أيضا أنه نفس اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي أو اللفظ الذي يؤدي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال فخر الإسلام في تحرير قول أبي حنيفة بشرط صحة الأصل من حيث أنه مبتدأ وخبر موضوع للإيجاب بصيغته فإذا وجد وتعدر الحمل بحقيقته إلى آخر ما ذكره ولا شك أن صحة الأصل من تلك الجهة مع تعدر معناه الحقيقي إنما

إثباته وما يمكن إثباته ليس بسبب وحاصله أن هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو أما الحقيقة فظاهرة وأما المجاز فلان قطع اليد خطأ ملزوم للأرض الذي هو ملزوم للقطع واللازم وهو القطع منتف بالمزوم وهو الأرض كذلك وقوله (أما الحرية لا تختلف) معناه الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من حين ملك المجاز عنها لا تختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا حكم وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها (فأمكن جعله) أي جعل قوله هذا ابني (مجازا عنه) أي عن الحرية على تأويل العلق أو المذكور

قال المصنف (لهم أنه كلام محال فيرد فيلغو) أقول يرد عليه هذا أسد الأأن يقولوا فرق بين قاعدة الحكم الشرعي وغيره والكلام المحال لا يفيد الأول فليتنا مل قال المصنف (والمساواة في وصف ملازم من طرق المجاز) أقول نعم إلا أن اعتباره مشكلا هنا فإنه في الاستعارة ألا أن يجعل مثل زيد أسد مجازا وجوابه في التلوخ

ولو قال هذا أبي أو أمي ومنه لا يولد لثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال أصبي ص غير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يمتنع بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة

هو في هذا ابني للأكبر منه أما في هذا حر فصح لفظه ولم يتعد ذم معناه الحقيقي واستدل لهما مرة بأنه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له الى المتجوز فيه متوقف الا لازم على المسزوم فلا بد من امكانه والاستحالة لان الموقوف على المحل محال ومرة بالقياس على مسألة الخلف على مس السماء وشرب ما في هذا الكوز ولما فيه حيث يبحث عقيب البين في الاولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية فوجوب الكفارة خلف عن البر ولما أمكن البر في الاولى لتصور مرس السماء انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في الثانية لم تعتد فرأينا الخلف يعتمد قيامه امكان الاصل وتارة بأن الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود أولى من غيره وأجيب عن الاول بأن توقفه على فهم الموضوع له على أنه غير مراد لينقل عنه الى اللازم المراد وفهمه لا يستلزم امكان تحققه في الخارج وتجب عن الثاني ان تلك الخلفية بين حكيم شرعيين ومعنى خلفية حكم شرعي لاخر هو كونه انما يتعلق شرعا بتقدير تعذر امثال الاول وهذا فرع تعلق الاول وتعلق الخطاب دائر مع الامكان الذاتي كالکفارة في الخلف على المس والتيمم للوضوء فلا يتصور شرعا خلف استحالة أصله لانه لا تعلق اذ ذلك ولم تجب في مسألة الكوز لعدم تعلق وجوب البر وحينئذ ظهر انه لا ملازمة بين لزوم امكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم امكان معنى وضع له لفظ لعمدة استعمال ذلك اللفظ مجازا وظهر مما ذكرنا ان حكم البين الاصل هو وجوب البر لا البر لنفسه والجواب عن الثالث ان هذا انصرف باللفظ بأن يستعمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع ولم يعلم من جهة أهل اللسان انهم اشترطوا ذلك سوى وجود مشترك لا يجوز التجوز وهو لا يحتاج شيئا سوى الى ادراك الحقيقي ثم الحاجة الى ادراكه كدليس نفسه بل لتستعمل العلاقة فانه لم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة الى مجرد فهمه أيضا غير مقصود بالذات فاشترط امكان وجود المعنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فانه يستلزم ان لا يجوز زيد أسد فانه وزان هذا ابني للأكبر منه فان معنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الانسان أسدا والاتفاق على جواز بل وعلى بلاغته وما فرق به من ان هذا مستعار بجملة بخلاف هذا أسد لان المجاز في نسبته دون الالفاظ ممنوع واذا ثبت انتفاء هذا الشرط فاذا انكاهم بكلام وتعذر الحقيقي له والكلام طريق يتجوز به فيه تعين نوى أولم يتواذلا من احكم كي لا يلغى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك فانه يكون مجازا في معنى عتق على من حين ملكته استعمال الاسم الملزوم في لازمه ثم ان كان هذا دخل في الوجود عتق ديانة وقضاء والا ففضاء ولا تصير أمه بذلك أم ولله بخلاف ما اذا قال لغيره الخ جواب عن مقيس آخر لهما وهو إذا كان قال لاخر قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيتين فانه بلغوهذا الكلام بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال لعدم امكان معناه الحقيقي فأجاب بأن لغوه ليس لتعذر الحقيقي بل لتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الارش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته الا عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزا بالسبب عن المسبب والذي يمكن اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببها فامتنع إيجاب المال به مطلقا فلغاضروا بخلاف ما نحن فيه لان الحرية لا تختلف ذاتها حاصلة عن لفظ حر أو لفظ ابني فأمكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو وقوله (ولو قال هذا أبي الخ) جواب عما قيل انه بلغو فقال بل هو على الخلاف أيضا فندب أبي حنيفة

(ولو قال هذا أبي أو أمي ومنه لا يولد لثلهما فهو على الخلاف) وهو الاظهر وقوله (لما بينا) يعني من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابني (ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف) والوجه ما تقدم (وقيل لا يمتنع بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك) من بنوة أو حرية (الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة) في كلامه (فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب) وهذا يشير الى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدي أو أبي عتق وقيل ذكره بعض الشارحين (بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة

ولو قال هذا أخى لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق ووجه الروايتين ما بينا) اما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في المملوك سبب الحرية الخ فكذلك ههنا (٣٦٧) الاخوة في الملك توجب العتق واما

وجه رواية عدم العتق فلقوله في مسئلة الحد لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وكذلك ههنا الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب أو الام لانها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب اهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بأن قال هذا أخى فاما اذا ذكره مقيدا وقال هذا أخى لابي أو لأمي فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الاخوة مشترك قد يراد به الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد به الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد اناهم هو دا وقد يراد به الاخوة في النسب والمشارك لا يكون حجة فان قيل البنوة أيضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف ثبت العتق باطلاق قوله هذا أخى أجيب بأن البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة (ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل هو على الخلاف وقيل هو) أي عدم العتق (بالاجماع لان المشار اليه ليس من

ولو قال هذا أخى لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رجه أنه يعتق ووجه الروايتين ما بينا ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتق وقد حققناه في النكاح

يعتق وأما لو قال لعبده الصغير هذا جدى فأجاب عنه أولا بأنه على الخلاف وقيل هو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالنسب وأنه لا يعتق اتفاقا وهو ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب ولا وجود له في اللفظ (قوله ولو قال هذا أخى) أي لعبده (لا يعتق في ظاهر الرواية) وعن أبي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن وجه الروايتين ما بيناه فوجه رواية الحسن على قوله ان البنوة سبب الحرية في المملوك ويعرف منه رجه هذه وهو أن الاخوة بسبب لعتق المملوك وحوالة الظاهر على قوله في هذا جدى وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الى آخر ما ذكر ونظيره فانا ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب أو الام ولأن كرمه ينفذ الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ولان الاخوة تفال لما بالنسب والرضاع والدين فلا تعين النسب الابدليل حتى لو قال من أبى أو من أمى أو من النسب عتق اذا عرف هذا فلا شك في صحة الاصل المذكور ولكن نخرج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين الثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا تعين واحد من المعنيين المجازين أو تعين هذا لانه أسير كما قررناه في باب سبي ياما انكى لما تعذر التحقيق لم يعتق عليه في القضاء الابالية فان أجيب بأن اعتبار الفائدة الشرعية أولى وهي المتعينة هنا وردد عليهم هـ هذا أخى فانه لا يعتق به ودفعه بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لو قال من أبى ونحوه عتق وبأن العتق به لولد ولأن ذكره في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فاستغنى لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولوداري بينهما كان المجاز أولى وأن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمى بلا خلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع وفرق بينه وبين هذا أخى بأنه يحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم فإنه لا يستعمل الا كرام عادة وهذا بقوى ما وردناه في هذا ابني فلا يخلص الا بترجيح رواية العتق في هذا أخى وهي ما نقلها المصنف (قوله ولو قال لعبده هذا ابنتي) وكذا اذا قال لامته هذا ابني لا يعتق وان كان يولد له لمثله لان الاول مجاز عن عتق في المذكر لانه بلجهة البنوة حقيقة والثاني عنه في الانثى فانتفى حقيقة لانه محل ينزل فيه ولا يتجاوز بلفظ الابن في البنوت وقيل اتفاقا لعدم لازم مشهور وغيره ولثلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازين أحدهما من حيث هو والاخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع ان الاتفاق على منعه اللهم الا أن يعتبر المجاز عقليا في نفس اضافة البنوت وكل من لفظ الاشارة والبنوت والياء حقيقة فالعجز في نسبة المراد بالاشارة بالبنوة الى مسمى الياء عن نسبته اليه بالعتق فيتعين الاول وما ذكره المصنف بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وبين هذا الاصل في باب المهر وهو الذي أراده بقوله حققناه في النكاح والمشار اليه ههنا مع المسمى جنسان لان الذكر والانثى في الانسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى أعني بنت وهو معدوم ههنا لان الثابت ذكر

جنس المسمى) لان الذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان واذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى اما تقدم في كتاب النكاح والمسمى ههنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما

(قوله أجيب بان البنوة الخ) أقول فيه ان الاخوة حقيقة في المجاورة في صلب أو رحم على ما صرحوا بمجاز في غيرها

قوله (وان قال لامنه أنت طالق أو بائن) ظاهر الى قوله وعمل القظين وهو جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا ثبت به الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فأتى يشبهه الطلاق الذي هو اسقاط محض وتقرير الجواب الاعتاق أيضا اسقاط بدليل صحة التعليق فيه سواء أما الاحكام فليست الواردة لانها بابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير ان الاعتاق إزالة المانع فاستوى الاعتاق والطلاق وقوله (ولهذا) أى ولكون العتق محتمل لفظه (يصلح لفظه العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه) لان مبنى المجاز على المناسبة والشئ لا يناسب (٣٦٨) شيا إلا والشئ الاخر يناسبه وانما قال على ما قاله مشايخهم لان المنصوص

(وان قال لامنه أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق) وقال الشافعي رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخهم رحمه الله أنه نوى ما يحتمله لفظه لان بين المملكين موافقة اذ كل واحد منهما مملك العين أما ملك العين فظاهر وكذا مملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأييد من شرطه والتأقبت مبطل له وعمل القظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط أما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصح لفظه العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد ألحق بالجمادات وبالاعتاق يحيا فيه قدر ولا كذلك المنكوحه فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول أقوى ولان ملك العين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقة نفسه لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانما عكسه

(قوله وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح) كانت مطلقة والطلاق والكناية كالموقوف لا مته أنت على حرام أو بائن أو بئله أو بئته أو بنت منى أو ربة وحملك على غارك واخرجى وقوى واذهى واغربى واختارى فاخترت نفسيها وتقمى أو قال ذلك لعبد أو قال له طلقك لا يعتق في ذلك كله وان نوى بخلاف ما تقدم من قوله أطلقك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعي يعتق في ذلك كله اذا نوى وعن أحمد روايتان احدهما كقولنا والاخرى كقوله (قوله لان بين المملكين) أى مملك الرقبة وملك النكاح (موافقة) (قوله اذ كل منهما مالخ) حاصله اثبات للشبهة بين المملكين أعنى ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما أما الاول فان النكاح في حكم ملك العين شرعا لاما ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التأييد له كافي البيع وانتهاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى انه يطل به اذ هو لازم للملك المنفعة أعنى الاجارة ويستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الاجارة وأما الثاني فان كلا من التصرفين اسقاط لالك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه وأما الاحكام التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتلك الاموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثلث له ابل ثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا فان هذه خصائص الادمية فلا دمية مع التكليف هي السبب وانما امتنع بمانع الرق وبالعنق يزول المانع فيظهر أثر المقضى كالزوجة في حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظ للنسب ولا يسلب أهلية عنه ثم بالفرقة يزول المانع لهائه ولهذا يصح لفظه العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لان صحة الاول للنسبة وهي مشتركة لانها تنسب بين الطرفين فاذا تناسب الشئ غيره تناسبه الاخر (قوله ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه) أى ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ

عن الشافعي لفظه الطلاق فحسب وأصحابه فاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية (ولنا أنه نوى ما لا يحتمله كلامه) لانه لا مناسبة بينهما مما تجوز الاستعارة لان الاعتاق لغة اثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير اذا قوى وطار عن وكره وفي الشرع أيضا كذلك لان العبد ألحق بالجمادات وبالاعتاق يحيا فيه قدر ولا كذلك المنكوحه فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع عن الانطلاق لا اثبات قوة الانطلاق وكذلك في الشرع لان المنكوحه لم تزل مالكيته فانها قادرة الا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين اثبات القوة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة ولا خفاء ان الاول أقوى والادنى لا يصلح أن يكون

مستعمل مستعار الا على ما ذكره لان ملك العين قد يستلزم ملك المنفعة اذا صادف الجوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن واما ملك النكاح فلا يستلزم ملك العين أصلا وكل ما كان هو أقوى فاسقاطه أقوى فملك العين اسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما دون حقيقة لا عما هو فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في أحدهما أقوى منه في الآخر وأنت ترى الحاق الاضعف بالأقوى على وجه التسوية بينهما فماتدعى ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الأقوى وتطلق عليه اسم الأقوى كما اذا كان عندك شجاع وأنت تريد ان تلحق جرأته وقوته بجراً الاسد

مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المسمى الشرعي كما لو قال اسقني ينوي به العتق أو الطلاق لا يقعان وانما قلنا انه لا يسوغ استعماله فيه لان مسوغ استعمال اللفظ في المعنى إما موضعه له أو التجوز به فيه والأول منتف وإكذا الثاني لان التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها وهذا ما يقال ان نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعها عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعها نوعيا وحقيقة الحاصل معنى قوله كل لفظ وجديين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فليستكم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن يثبت عنه انه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحقيقه في ذلك الجزئي أو نقل اعتباره والناظر عنه في علاقة المشابهة أن يكون في وصف خارج ظاهر في المجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه في المجوز به فيصير المجوز به مشبها والمجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا في المشبه به المجوز عنه لاحقيقة الاختصاص واللام يكن مشترك فلا يتجوز باعتباره الى ما ليس هو فيه فلا أول لا يجوز التجوز بأسد لا بخمر والمجوز مع أنهم ما وصفان ملازمان للاسد لعدم ظهورهما وشهرتهما والثاني وجب أن لا يكون المعنى المشترك في محل المجاز أكثر منه في محل الحقيقة اذا عرف هذا فنقول الاعتاق انما هو اثبات تلك القوة التي فصلنا فرعها العلم بعدم ملك تلك الامور قبله والاصل في اضافة عدم الشيء أن يكون الى عدم المقتضى لا الى قيام المانع لان عدمه هو الاصل في عدم الحكم لان الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى ولو سلم فالاصل عدم المقتضى فيبقى على عدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت ودعواه أنه لا دمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لانه مقتضى ملكا أما علقا فظاهر وشرعا لم يثبت بل انما يثبت شرعا دوران ذلك الملك مع الحرية فليست هي السبب الشرعي والطلاق لازالة قيد النكاح فيعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج وهذا لان ملكها متحقق الثبوت بعد الزوج حتى جاز بيعها وشرؤها وشهادتها ولم يمنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ولا مناسبة بين ازالة المانع في محل ليعمل الملك القائم عمله وبين اثبات الملك الزائل محل لعلاقة تجوز التجوز وهي أن تكون مختصة بالمجوز عنه أي ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه أقوى منه في محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا فان الاسقاط المشترك ثبوته في العتق أكثر وأوفر منه في الطلاق والتجوز بلفظ الطلاق يقتضي كون الطلاق هو الاكثر اسقاطا وأشهر به فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ولان العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقية فهو فيه لفظ السبب في السبب بخلاف قلبه فانه السبب في السبب وهو ممنوع إلا ان اختص والاوجد المسبب دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة وما قيل ليس سببا أيضا بدليل أن الامثلة كانت متروجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة انما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة انما تؤثر عند كون الحكم معدوما قبلها ألا يرى ان البول بعد الرجح لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث وعلى من يلتزم انه يوجب حدثا آخر عكس أن يقال أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة فعن هذا قيل الكنايات منها ما يقع العتق به بلاية كقوله تصدقت عليك بنفسك أو ملكتكها أو وهبت نفسك منك أو أوصيتك بنفسك أو بعت نفسك منك فهذه كنايات لا تحتاج الى النية لان الاحتياج اليها اذا كانت محتمل معاني وهذه لا تحتمل غير العتق فاستغنت عنها ومنها ما يقع بالنية كانه قد تم ومنها ما لا يقع وان نوى كلفظ الطلاق وكناياته والتحقيق في مثل الاول أن يقال انه ملحق بالصرح كافي مولاي من حيث ان ما سوى العتق انتفت ارادته فتعين فالحق بالصرح وانتفاء المعنى المزاحم هنا سبب تعذر حقيقة الملك لا بعد فتعين المعنى المجازي وهذا بناء على ان الصريح يخص الوضعي والافيجع لان صريحا

وقوته فتدعي الاسدية له
باطلاق اسم الاسد عليه
وهذا كما ترى انما يكون
باطلاق اسم القوى على
الضيف دون العكس واذا
ظهر هذا بعد العلم بان ازالة
ملك العبد أقوى يظهر لك
بحوازا استعارة ألفاظ
العتاق للطلاق دون عكسه
والفرق بين النكتتين
المذكورتين في الكتاب ان
في الاولى منع المناسبة
واظهار السند بان الاعتاق
اثبات والطلاق رفع فأنى
يتناسبان وفي الثاني تسليم
ان كلا منهما اسقاط لكن
الاعتاق أقوى وهو ينافي
الاستعارة

(قوله والفرق بين النكتتين
المذكورتين في الكتاب أن
في الاولى منع المناسبة
واظهار السند بان الاعتاق
اثبات) أقول بعد ما تبين
بالدليل الذي نقله من
الشافعية ان الاعتاق
اسقاط لا وجه لهذا المنع
والسند ثم يضيع التعرض
على هذا الكون الاول أقوى

وقوله (واذا قال لعبدك أنت مثل الحر) إطلاقه يشير إلى أنه نوى العتق أول ما نوى العتق وذكر في الميسر لم يعتق إلا بالنية وفي تعليقه إشارة إلى ذلك لأنه قال لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولا شك أنه إذا نوى الحرية زال الشك وقوله (عرفا) يجوز أن يراد به العرف العام فإن العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الأوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا إذا كان عمرو مشهورا بصفة كعلم أو خط أو غيرها ويجوز أن يراد به العرف الخاص فإن بعض أهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة وقوله (ولو قال ما أنت إلا حرا) ظاهر

فصل لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختياري الذي هو الأصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كارتقائه وقريبه وخروج (٣٧٠) عبد الحربي إلى ناسم أو ولد الأمة من مولاهما والرحم في الأصل وعاء الولد

(واذا قال لعبدك أنت مثل الحر لم يعتق) لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية (ولو قال ما أنت إلا حرا) لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كافي بكلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حرا لم يعتق) لأنه تشبيه بحذف حرفه (ولو قال رأسك رأس حرا لم يعتق) لأنه إثبات الحرية فيه إذا الرأس يعبر به عن جميع البدن **فصل** (ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالحرمية ولأدائها وغيره

وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا (قوله ولو قال ما أنت إلا حرا) لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كيد هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الأصول وقد بيناه في الأصول وأنه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد النفي وأما كونه إثباتا مؤكدا فلا ريب فيه بعد النفي بخلاف الإثبات المجرد (قوله ولو قال رأسك رأس حرا لم يعتق) لأنه تشبيه بحذف حرفه (ولو قال رأسك رأس حرا لم يعتق) لأنه إثبات الحرية فيه إذا الرأس يعبر به عن جميعه وهذا يقتضي أنه لا يتوهم كمال لو قال رأسك حرا أنه لا يحتاج إلى النية لكن المسئلة منقولة في نوادر ابن سماعة لو قال رأسك حرا عتق إذا نواه وفي نوادر هشام قال أبو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حرا لم يعتق وفي الهاروني لو راها غشي فقال هذه مشية حرا وتكلم فقال هذا كلام حرا لم يعتق الآن يقول أردت العتق وهذا قول أبي يوسف وقال الحسن بن زياد من قول نفسه يعتق في القضاء وبينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال حسبك حرا وأصلك حرا وعلم أنه من سبي لا يعتق لأنه صادق وكذا لو قال أبو بكر حرا وفي نوادر المعلى قال أبو يوسف لو قال فرجك حرا من الجمار فهي حرة في القضاء ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال استك حرا وكذا ذكر حرا وتقدم **فصل** أعقب العتق الاختياري بالاضطراري (قوله وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه النسائي عن حمزة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم عتق عليه وضعفه البيهقي والنسائي بسبب أن حمزة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال حمزة ثقة وإذا أسند الحديث ثقة فلا يضرب انفراد به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وعن وثق حمزة ابن معين وغيره

في بطن أمه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولادرجا ومنه ذوالرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى (ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم منه فهو حر رواه الجماعة إلا النسائي واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالحرمية ولأدائها وغيره فإن قيل الضمير في مثله يعود إلى من كافي قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار أبي سفيان فهو آمن وأمثاله فلا يكون حجة أوجب بأن وقوعه جزء لقوله من ملك

ينبوع ذلك لا يلزم تحصيل الحاصل فإن غلبه كيد على حريته إذا المملوك لا يملك شيئا نقوله فهو حر ولو عاد إليه كان تكرارا غير مفيد فإن قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فإشترطه فيعتقه عطفه بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه أوجب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس يصحح لزوم التعارض ومحله أن مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب آخر كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه ووضربه فأوجعه وأمثاله

فصل (ومن ملك ذارحم محرم) قوله (ولو ولد الأمة من مولاهما) أقول فيه شيء فإن العتق بدعوة المولى كالأخت (قوله والرحم في الأصل وعاء الولد) أقول فيه شيء (قوله أوجب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس يصحح) أقول المراد عدم صحة كونه دليلا لأنني صحته الحديث

والشافعي رحمه الله بخالفنا في غيره له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه والاخوة وما يضاهاها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الاخاق أو الاستدلال به ولهذا امتنع التكاثر على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما رويناه لانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه

قوله (والشافعي بخالفنا في غيره) أي في غير الولاد واستدل بأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال أي بدلالة النص الا اذا كان الملقق في معنى الملقق به من كل وجه وههنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة وما يضاهاها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاثر على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا ما رويناه وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه

(قوله وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس) أقول ولا يبعد أن يعكس فيقال كل ما ينفيه القياس لا يلحق به بدلالة النص وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره بالاستدلال أي بالقياس

وان لم يمتنع به في الصحيح وأما الحديث الثاني وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم منه فهو حرفاً أخرجه أصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أبو داود وغيره ما نقرده عن الحسن عن سمرة قال وقد شك فيه فان موسى بن اسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد وقد رواه شعبة من سلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة أحفظ من حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهوان رفع الثقة لا يضره ارسال غيره ورواه الطحاوي من حديث الاسود عن عمرو موقوفا وروى من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلى بأسانيد ضعيفة وروى الطحاوي بأسانيداه الى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلاً تزوج ابن أخيه فمكثت فولدت أولاداً فأراد أن يسترق أولادها فأقن ابن أخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عني زوجتي وليس له وانها ولدت لي أولاداً فأراد أن يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط أن ابن عباس قال جاز رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته واني أريد أن اعنته فقال صلى الله عليه وسلم فان الله قد اعنته (قوله والشافعي الخ) ويقولنا قال أحمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قول أكثر العلماء وفي الغاية روى ذلك عن عمرو بن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وأبو سلمة والحسن ابن حي والبيه وعبد الله بن وهب وإسحق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولادة والاخوة والاخوات لأغير وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا يجزى ولد والده الا أن يجده فلو كان يشتره فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ولان القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي لأرجن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتى الرحمن عبداً لقد أحصاهم وعدتهم عداوكلهم آتية يوم القيامة فردا ثبت به أن الابنية تنافي العبدية فاذا ثبت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما يقال أطعمه فاشبعه وسقاه فارواه والتعقيب حاصل اذا عتق يعقب الشراء وانما أثبتناه للملك ابتداء لان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لانه لا فائدة في اثباته لاستعقاب البينة (قوله له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك) في الولاد (ينفيه القياس) على غير القريب من العبيد وعلى سائر الاملاك اذ لا يخرج عن ملك مالكها من غير رضا واختيار (أو لا يقتضيه) القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الا ان لا يعتد بخلافه والاخوة وما يضاهاها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الاخاق أي الاخاق غير الولاد لا بطريق القياس والاستدلال أي الاخاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الاخاق بغير المحارم من القرابات فالقرابات ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعدمها كبناء الاعمام والعمت وأبناء الاخوال والخالات ويجب رد المتنازع فيه الى ما هو أشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو الثاني أشبه حقيقة وحكما اما حقيقة فلا لأن قرابته قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية وأما الثاني فلاننا رأينا احكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحلية وامتناع التكاثر فكذا في هذا الحكم (قوله ولنا ما رويناه) فيضمحل معه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل دلالة النص تقريره (ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه)

أما منه لك ذلك فبالاجماع وأما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تلك القرية المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لانها أي القرية المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فذهبنا لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا البتة فاستدل به ولمشاخنا هنا نكتة وهو قوله هذه قرابة صيغت عن أدنى الذين وهو ذل النكاح فلان تصان عن أعلاهما أولى فان ادعى ان ذل النكاح أعلى فتلك مكابرة تستدعي تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعاً واجماعاً على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فان رافع الاعلى يرفع الادنى لا محالة ولا فرق بين أن يكون المالك ميلاً أو كافراً وكذلك المدة لولك لعموم العلة (٣٧٣) وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل هذه القرابة ان أوجبت العتق

وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

كافي الولاد (وهذا) أعنى كونه قرابة مؤثرة في المحرمية (هو المؤثر في الاصل) وهو قرابة الولاد يعني هو الذي تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى ولوسلم فغاية ما صنع انه أرفأ عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعمل الاصل باخرى متعديّة الى ما لم يتعد اليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لانها قد ظهرت أثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو أدنى الذلتين فلا ن يؤثر في دفع أعلاهما وهو ملك الرقة أولى وهذا المسلك من مسائل العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص أيضاً يدل على تعيينه وهو ما روينا فانه يفيد تطبيق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف وهذا يفيد الغاء ما عينه وقول المصنف (حتى وجبت النفقة) الزام مختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ألزم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقاً وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الراوي وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قاطع لان الراوي قد يضل وكثيراً ما يرسل ومعلوم أنه اذا أرسل فلا بد أن يكون عن واسطة وغاية الامر أنه عين الواسطة مرة وترك أخرى ولو كان مرسلًا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بالشرط بعد صحة السند وقد علمت صحته واما على قول الشافعي فيقبل اذا علمت الصحابة على وفقه وأنت سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم فان شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لانه الحاق بالاشبهية ولا أثر له ولو كان صحيحاً عنده فالعنى الذي ظهر أثره في جنس الحكم أولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع (قوله والافتراض عند القدرة) جواب عن اعتباره لعدم التكتاب فقال عليه العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل والافتراض انما يثبت عند القدرة وانما هي قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتراف والكتابة نوع اعتراف فليس كتابة غير الولاد مما تنظم كتابته بخلاف كتابة الولاد فانه لكون الجزئية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على جميع أجزائه على أن أبي حنيفة أنه يتكاتب على الاخ وهو قوله ما قلنا ان نفع والجواب عن الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار انه غلبك من نفسه وشهادة له من وجه وهذا المانع منتف في غير الولاد

الاصل أن ما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتراف أيضاً لان الوقوع بالملك انما هو بالزام الشرع لعدم (قوله) التصرف منه والزام بالزامه يلزم بالالتزام أيضاً بالاستقراء الا ان اثر كاهذا الاصل في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتراف تصرف ضار من كل وجه وهم ليسا من أهله لما عرف في موضعه وكذا اذا اعتق المسلم عبداً حربياً في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية وبهذا يعلم ان قوله في دار الاسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله

(قوله حتى وجبت النفقة وحرم النكاح الخ) أقول يعني علم تأثير تلك القرابة في جنس هذا الحكم وهو حرمة النكاح (قوله فان رافع الاعلى يرفع الادنى الخ) أقول محل تأمل ويمكن جوابه بما صرح من المصنف في فصل وعلى الرجل أن يتفق على أبويه في تعليل قوله ولا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم قوله قوله والافتراض الخ كذا في عدة نسخ وهو مقدم عن محله اهـ معص

أوجبت باعتبار الصلة على ما أشار اليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الاعتراف أيضاً أوجب بان علة النفقة ليست القرابة المجردة في الاخوة بل بصفة الورثة لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك واختلاف الدين يمنع الارث فكذا ما بيني عليه وانما قال أو كافراً في دار الاسلام لان الحربى لو ملك في دار الحرب ذارحم محرم منه لم يعتق فانه لو أعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم انفاذ العتق بالاعتراف لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا أعتق لم ينفذ وأما اذا ملك ذارحم محرم منه عتق فالجواب ان

ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً لا ينحصر تعلقه بقوله أو كافراً وقوله (والمكاتب إذا اشترى أخاه) جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاثر على المكاتب في غير الولاد وتقريره لا نسلم أنه لا يتكاتب عليه بل قد روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يتكاتب على الأخ أيضاً ولزمتنا فأنما لا يتكاتب عليه لأن المكاتب ليس له ملك تام بقدره على الاعتاق لانه عبد مابق عليه درهم وانما ألحق بالملالة فيما هو المقصود من الكتابة ومن لا قدر له على الاعتاق لا يعتق عليه لأن فرض المسئلة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك لما اعتق عليه قرابة الولاد أجاب بقوله بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة لأن عتق نفسه كما كان مقصوداً بالكتابة لكونه بغير الرق فكذلك رقب الولاد والولد فإذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيق المقصود والعدة وأما حريه الأخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقبه ملوقه برق ابنه أو أبيه وقوله وهذا بخلاف (٣٧٣) ما إذا ملك بنت (٤٤) جواب نقض

اجبالي تقريره لو كان تلك ذي الرحم المحرم عدة لعتقه على من ملك لعتقت ابنة الم التي هي أخت من الرضاة على ابن عمها إذا اشتراها وليس كذلك ونفسر الجواب ان المراد بالمحرمة محرمية أثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لأن الرضاة هو المؤثر وذ ك هذا الجواب إنما هو لزيادة الإيضاح لانه كان معلوماً من أصل دليله حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك والصبي جعل أهلاً لهذا العتق وكذلك الجنون فإذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما كالارث والهبه عتق عليهما لأن العلة وهي تلك ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة قال

ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام بقدره على الاعتاق والاقتراض عند القدرة بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيق المقصود والعقد وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الأخ أيضاً وهو قوله ما قلنا أن تمنع وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاة لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل أهلاً لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليه ما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشاببه النفقة (ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق) لوجود ركن الاعتاق من أهله في محله ووصف القرابة في الافظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعده في اللفظين الآخرين (وعتق المكره والسكران واقع) لصدر الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل (وان أضاف العتق الى ملك أو شرط صبح كما في الطلاق) أما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق وأما التعليق بالشرط فلانه اسقاط

(قوله) ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الاسلام (وكذا لا فرق بين ما إذا كان العبد مسلماً أو كافراً في دار الاسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمية وقيد بقوله في دار الاسلام لانه لا حكم لنا في دار الحرب فلو ملك قريبه في دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافاً لابي يوسف وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحرى عبده في دار الحرب بذكر الخلاف في الإيضاح وفي الكافي للحاكم عتق الحرى في دار الحرب قريبه باطل ولم يذ كر خلافاً أما إذا عتقه وخلاه قال في المختلف يعتق عنه أبي يوسف ولأوله له وقال الأولاه لكن عتقه بالخلية لا بالاعتاق فهو كالمرغم ثم قال المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبداً حراً بيا فاعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون الخلقة لانه في دار الحرب ولا تجرى عليه أحكام الاسلام وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين ولأولاه عندهما وهو القياس وقال أبو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذ كر قول محمد مع أبي يوسف في كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينهما وبين ما في الإيضاح ان راد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب وهناك على انه داخل هناك بعد ان كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الاسلام وهذا بخلاف استحقات النفقة لانهم منوطه بعلة القرابة المورثة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين (قوله) وعتق المكره والسكران واقع في المكره بخلاف الأئمة الثلاثة والأكره لا يربى الا الرضا والعتق لا يتوقف عليه ولذا جاز عتق الهازل وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق (قوله) أما الاضافة الى الملك (كان يقول ان ملكتك أو ملكت عبداً ونحوه فهو حر (ففيه خلاف الشافعي)

(ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى) ومن قال لعبده أنت حر لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من أهله مضافاً الى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه ووصف القرابة وهو كونه لوجه الله تعالى في الوجه الاول زيادة فلا يختل العتق بعده في اللفظين الآخرين يعني الشيطان والصنم وقوله (وعتق المكره) واضح وقد تقدم في الطلاق (وان أضاف العتق الى ملك) بأن يقول لعبداً غيران اشتريتك فأنت حر (صبح كما في الطلاق) وان علق بشرط كقوله ان دخلت الدار فأنت حر فكذلك أما الاضافة ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه وأما التعليق بالشرط فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط

(قوله لأن المكاتب ليس له ملك تام الخ) أقول فيه بحث فان للمكاتب أن يتكاتب كما سيجي في كتاب المكاتب فلو صرح هذا الكلام يلزم أن لا يجوز فليست أم

(يجرى فيه التعليق) بالاتفاق
بمخلاف التمليكات والخلاف
فيه بيننا وبين الشافعي
بوجه آخر وهو ان زوال
الملك عنده يبطل اليمين
وعندنا لا يبطله فاذا قال
لعبد ان دخلت الدار فانت
حرفا عنه ثم اشتراه فدخل
الدار عتق عندنا خلافا له
وقد عرف في الاصول (واذا
خرج عبد الحربى البنا
مسلم عتق لقوله صلى الله
عليه وسلم في عبيد طائف
حين خرجوا اليه مسلمين هم
عتقا لله) روى ابن عباس
رضي الله عنهم ان عبد بن
من الطائف خرجا فأسلما
فاعتقهما النبي صلى الله
عليه وسلم (ولانه أحرز نفسه
وهو مسلم ولا استرقاق على
المسلم ابتداء) وقيد بالابتداء
لخوازه عليه بقاء لانه في البقاء
من الامور الحكيمة دون
الجزائية فيجوز بقاءه
كبقاء الاملاك بعد وجود
أسبابها وقوله (وان أعتق
حاملًا) ظاهر

(قوله فيجوز بقاءه كبقاء
الاملاك بعد وجود أسبابها)
أقول الكلام في عتقهم
بالخروج البنا فكيف
يلزم الاسترقاق ابتداء قبل
نسوت عتقهم فليأمل

فيجوز فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه (واذا خرج عبد الحربى البنا مسلم عتق)
لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقا لله تعالى ولانه أحرز نفسه
وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (وان أعتق حاملًا عتق حمله بعتاها) اذ هو متصل بها (ولو
أعتق الحمل خاصة عتق دونها) لانه لا وجه الى اعتناقها مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا اليه تبعًا
لما فيه من قلب الموضوع

أى وحده فان مالكا بوافاقنا فيه وكذا عن أحمد وفرق بينه وبين الطلاق اذ لم يجوز اضافته الى
الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب اليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيه ما على
ما عرف فلم يفتقر في ذلك (قوله فيجوز فيه التعليق) لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله
انما الخلاف في انه هل يشترط لوقوع بقاء الملك من حين التعليق الى وجود الشرط فعندنا نأول الملك
فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبنى على انعقاد المعلق سببا
في الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط (قوله واذا خرج عبد الحربى البنا مسلم عتق) سواء خرج
سيده بعد ذلك مسلما أولا وقيد بالخروج لانه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق وبقولنا قالت الائمة الثلاثة
وقال الاوزاعي اذا خرج سيده مسلما رد اليه وعندنا الظاهرية اذا أسلم عتق خرج أولم يخرج
وأورد ابن خزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك ثم أجاب بأننا لم نقل بهذا الا لعتق
رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج اليه مسلما من عبيد أهل الطائف وهي بعد الخندق بدهر
وبدعوى نسخ تلك الكافر للمؤمن بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا شك في
انجاء الايراد وهو مما يصلح لدلائلنا وفي الجواب ما لا يخفى (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم في
عبيد الطائف) أخرج أبو داود في الجهاد والترمذي في المنافع عن علي رضي الله عنه واللفظ
لابن داود قال خرج عبدان بكسر العين الى النبي صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فقال
مواليهم يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هرا بامن الرق فقال ناس صدقوا يا رسول
الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى
يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن يردهم اليهم وقال هم عتقا لله سبحانه قال
الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على
شرط مسلم وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازي جماعة من العبيد خرجوا الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عندهم واحدا واحدا أبو بكر ووردان والمنبث والازرق ومحسن النبال
وابراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق كل هؤلاء أعتقهم صلى الله عليه وسلم فلما أسلمت
تقيف تكلموا في هؤلاء أن يردوا الى الرق فقال صلى الله عليه وسلم أولئك عتقا لله لا سبيل اليهم
وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي بكر أنه خرج
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبدا فأعتقهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفي مراسيل أبي داود فلما أسلم مواليهم رد النبي صلى الله
عليه وسلم الولاء اليهم وفيه مجهول وأخرجه البيهقي مرسلًا وقال ثم وفد أهل الطائف فأسلموا وقالوا
يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال لا أولئك عتقا لله وردا الى كل رجل ولده عبده (قوله
ابتداء) احتراز عن بقاء الرق فانه يبقى بعد الاسلام بعد ثبوت بطريقه (قوله عتق حمله) باجماع
الاربعة ولو استثناء لا يصح كاستثناء جزء منها خلافا لاجدواسحق والنخعي والشافعي وعطاء وابن
سيرين وقولهم مروى عن ابن عمر وأبي هريرة وقال أبو يوسف اذا خرج أكثر الولد فاعتقت لا يعتق
هو لانه كالمنفصل في حق الاحكام حتى تنقضي به العدة ولومات وهو في هذه الحالة ورث بخلاف ما اذا

واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة وأجيب بأنه لما اعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الأم بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الأمه واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط على ما سيجيء وقوله (واشترط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز) قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي أن يتوقف العتق إلى أن يبلغ الحمل إلى حد يكون من أهل القبول وهو أن يكون عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول بأن كانت عاقلة تعقل العقد وأجيب بأن ذلك في صريح الشرط وأما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على وكان ذكر المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل (٣٧٥) فيثبت العتق ولا يجب المال كما في

طلاق الصغيرة وفيه نظر لأنه يقتضي أنه إن ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد منه من رواية واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لأنه قال فيه وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول فالنوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول والحمل ليس منه والأولى أن يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل أهلا للخطاب وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصدا للاعتاق بلا مال أو يحمل حالة على ذلك صونا لكلامه عن الإلغاء وقوله (على ما مر في الخلع) قال في النهاية هذه حواله غير راجعة ويحتمل أن يكون مراده مسألة الخلع في الجامع الصغير فإن في شروحه فسر بين الخلع والاعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الأجنبية دون الاعتاق لما ذكرنا في الخلع أن الأجنبية في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابله

ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشئ من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا (ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال) إذ لا وجه إلى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى الزامه الأم لأنه في حق العتق نفق على حدة واشترط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحمل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه لأنه أدنى مدة الحمل قال (وولد الأمه من مولاها حر) لأنه مخلوق من مائه

ما قبل خروج الأكر (قوله ثم اعتاق الحمل صحيح) عند الجمهور وخلافا للظاهرية فإنهم لا يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفق الروح بل قبله وتعتق أمه تبعاله ولا يجوز بيع الأم إذا عتق ما في بطنها ويجوز هبتها والفرق أن استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصد إفكها كما بخلاف الهبة (قوله لما فيه من قلب الموضوع) وأما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السبب بذلك السبب قبل النص على خلاف القياس وقد يقال هذا انما يرد في نفي أن كان عتق أم الولد تبع العتق إنهما بالنص وهو منتف إذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقة رقه وليس كذلك لأنه يعلق حرا فلا يرد نقضا أصلا ليجتاح إلى الجواب بأنه خرج بالنص على خلاف القياس وسند ذكر أنه انما يعتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين أعتقه (قوله والقدرة عليه) أي على التسليم فلذا لم يجوز بيعه إلا بق و يجوز عتقه (قوله على ما مر في الخلع) الحواله غير راجعة فإنه لم يذكر في هذا الكتاب والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على أجنبي أن العتق على مال معاوضة فإنه عليك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية وذلك أي شيء نفيس ولا يجوز اشتراط العوض الأعلى من يسلمه المعروض كما في البيع والاجارة بخلاف المرأة فإنها لا تحدث لها قوة ولا تملك نفسها لأن ذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الأجنبي فإذا جاز اشتراطها عليها جاز عليه وكذا لا يصح بطريق الكفالة لأنه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل فلذا لو قال للأمه أعتقت ما في بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منه عتق بلا شيء لأنه لا يجب له على أمته شيء بسبب غيرها (قوله لأقل من ستة أشهر منه) أي من وقت العتق فلو جاءت به لستة أشهر فصاعدا منه لا يعتق إلا أن يكون حليها أو أمين جاءت بأولها لأقل من ستة أشهر ثم جاءت بالثاني لستة أشهر أو أكثر أو تكون هذه الأمه معتدة عن طلاق أو وفاة فولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق وإن كان لا أكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق حينئذ فيعتق لأنه كان محكوما بوجوده حين أعتقه حتى ثبت نسبه وعلى هذا فرع ما لو قال ما في بطنك حرم ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا إن ضربها بعد العتق لأقل من ستة أشهر تجب دية الجنين لآبيه إن كان له أب حر لأنه

المال فكما جاز عليها جاز على الأجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكيمة التي لم تكن للعبد قبله وكان في مقابلة شيء يحصل له والأجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط من المبيع على غير المشتري وقوله (وانما يعرف قيام الحمل) واضح لأن التيقن بوجوده في البطن انما يحصل بذلك وقوله (منه) أي من وقت العتق قال (وولد الأمه من مولاها حر لأنه مخلوق من مائه

(قوله واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة) أقول الانسب لتسمية السؤال طرح قوله بخلاف الهبة قال المصنف (ولو أعتق الحمل على مال صح) أقول قال في الكافي ولو أعتق الحمل على مال بأن قال لأمنه أعتقت ما في بطنك على ألف درهم عليك فقبلت اه وفيه بحث قوله قوله لما فيه الخ مؤخر عن محله كتبه المحقق

فيعتق عليه هذا هو الاصل) يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب الماء (ولامعارض له فيه) أي في الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك له فيكون الماء آن له بخلاف أمة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة وولداه من زوجها مملوك لسيدها لمعارض الماءين ويرجع جانب الام بامور منها الحضانة وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون من جملة ما هو قبلها ومنها الاستهلاك مائه بما لها لكون مائه في موضعه ومنها يتقن كونه مخلوقا من مائه بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبها حكاية فقط والاول ارجح لاحالة ومنها ان الولد مادام جنينا فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا أما حسافاته يتنفس بنفسها وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقرض عند انفصاله منها وأما شرعا فإنه يعتق بعقدها وفيه نظر لان الكلام في اثباته فلا يستدل به عليه وقوله (والمنافة متحققة) جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لان المنافة متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فثبتت المنافة بخلاف (٣٧٦) الولد من المولى فانه للمولى أي جانب اعتبر وقوله (والزوج قدرضى به) جواب عما يقال

فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولدا الامة لمولاه (وولداه من زوجها مملوكا لسيدها) لترجع جانب الام باعتبار الحضانة أولا استهلاك مائه بما لها والمنافة متحققة والزوج قدرضى به بخلاف ولدا المغرور لان الولد مارضى به (وولد الحرة حر على كل حال) لان جانبها راجح فيجبها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقونية والتدبير وأمومية الولد والكتابة والله تعالى أعلم

حر وان لم يكن تكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب لسته أشهر لاشئ عليه لانه عبده كذا ذكر (قوله فيعتق عليه) التحقيق أنه يعلق حرا إلا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يقتضيه ظاهر العبارة فانه يجب القطع بأن ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا وفي البسوط الولد يعلق حرا من الماءين لان ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغيرة فان ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجع جانبها بأنه مخلوق من مائه بايقين بخلاف الرجل ولذا لا ينتج عنها محال وقد ينتج عن الاب ويثبت التسبب منها بالزنا وبعد الملاعة حتى يتوارثان دون الاب فكان مأوها أولى بالاعتبار عند التعارض أولا استهلاك مائه بما لها لانه في موضعه ويزداد قوة من الامنه أو ترجح بالحضانة والتربية أولا نه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقرض ويعتق بعقدها ويستثنى من بيعها والزوج قدرضى برق الولد حيث أقدم على تزويجها مع العلم برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا في حقه فتجب قيمته (قوله كما يتبعها في المملوكية والمرقونية) أو رد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهومهما فالرق هو الذل الذي ركبته الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى أوحى العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه مالم يبق به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حقه فأول ما يؤخذ الاسير بوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرر بدار الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص

اذا اعتبر جانب الامة حتى يكون الولد مملوكا لمولاه يتضرر الاب والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد رضى برق الولد حيث أقدم على تزويج الامة عالمات ان الولد يرق به وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزويج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته وقوله (بخلاف ولدا المغرور) ظاهر (وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح) على ما ذكرنا (فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقونية) وانما ورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فان في المدبر

وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا يكون قوله (والتدبير وأمومية الولد بالانسان والكتابة كالنفس لئلا) والله تعالى أعلم

(قوله وفيه نظر لان حق الحضانة الخ) أقول قال المحشى الشهير يعقوب باشا أحجب بان حق الحضانة حق ثابت للام سواء كانت قبل الولادة أو بعدها فيجوز ان يكون من جملة جانب الام والكلام في ترجيحها فيتم كما لا يخفى اه وفيه شئ قال المصنف (يعتق عليه) أقول قال ابن الهمام الولد يعلق حرا فانه يجب القطع بأن ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا لأنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة وفي البسوط الولد يعلق حرا من الماءين اه ولو أجزبت العبارة على ظاهرها لم يتفرع على ما سبق كما لا يخفى قال المصنف (هذا هو الاصل) أقول أي كون الولد مخلوقا من ماء الوالد بان يكون له دخل فيه هو الكثير الغالب وان كان يقع خلافه قليلا كعيسى وأدم عليهما السلام فلا يردانه كيف يكون هذا هو الاصل مع ترجيح جانب الام فليتامل (قوله جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض الخ) أقول لا بد لنا في التعارض من وجه يثبت فيه وليس بظاهر (قوله وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزويج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته) أقول ولا يخفى عليك انه يتم المرام بعلمه بعد شرعيته

باب العبد يعتق بعضه

أخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم (واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة وقال لا يعتق كله وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي) يعني إذا كان المعتق واحدا أو موسرا كان العبد مشتركا أو ما إذا كان معسرا فلك السالك كما كان حتى جازله أن يبيع ويهب على ما يبيح وكل ما لا يتجزأ (فأضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله) قال صاحب الميزان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزأ ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ لأنه محال بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزأ فبصورته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع إلى أن اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق (٣٧٧) عن المحل كله أم لا عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك

باب العبد يعتق بعضه

(واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يعتق كله) وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رحمه الله فأضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله لهم أن الاعتاق أثبات العتق وهو قوة حكيمه وأثبتها بإزالة ضدها هو الرق الذي هو ضعف حكيمه وهو ما لا يتجزأ أن فصا كإطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء ولا يبيح حنيفة رحمه الله أن الاعتاق أثبات العتق بإزالة الملك أو هزألة الملك لأن الملك حقه والرق حق الشرع وأحق العامة

بالإنسان وبالبيع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق والعتق يزول كل منهما لكن زال الملك فقصدا ثم يبيعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فينبغي ما أنه يتبع الام في الخاص والعام ولذا إذا تولد بين المأ كولا وغير المأ كولا كالحمار والأنسي مع الحمار الوحشي يؤكل وإذا تولد بين الوحشي والأنسي كالبقرة يذبحها كالحمار وحشي يجوز التضحية به ولا خلاف في مفهومهما فقد يختلفان في الكمية في شخص فهما كاملان في الفن ورق أم الولد والمدر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل والمكاتب عكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزئ فكيف يقبل النقصان يندفع بأن المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته والحاصل أن الولد يتبع الام في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد وفي النسب يتبع الاب وفي الدين يتبع خير الابوين ديناً والله سبحانه أعلم

باب العبد يعتق بعضه

لا شك في كثرة وقوع عتق الكل ونذرة عتق البعض وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة إلى بيان أحكامه أمس منها إلى ما يندر وجوده وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخره هذا عاقله (قوله) وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة) وتعتبر قيمته في الحال والاستعانة أن يؤجره فبأخذ نصف قيمته من الأجرة ذكره في جوامع الفقه وسيجيء أنه إذا امتنع

بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل (لهم) أن الاعتاق أثبات العتق الذي هو قوة حكيمه وأثبتها بإزالة ضدها الذي هو الرق لأن المحل لا يتخلو عن أحدهما فإذا أعتق أحدهما توجب أثبات الآخر وهما لا يتجزأ أن بالاتفاق فكذلك الاعتاق والالزم تخلف المملوك عن العلة أو تجزئ العتق لأنه إذا تجزأ فاما أن يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة أولا يثبت شيء أو يثبت بعضه وعلى كل من الأولين يلزم تخلف المملوك عن العلة وعلى الأخير يلزم تجزئ العتق (فصار) الاعتاق كالإطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء في عدم التجزئ فان قلت قد تقدم أن الاعتاق عند الشافعي إسقاط كالإطلاق فكيف جعله ههنا أثباتا

(٤٨ - فتح القدير ثالث) لا عتق قلت يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهته على جهته فقال لهم أن الاعتاق الخ (ولا يبيح حنيفة أن الاعتاق أثبات العتق بإزالة الملك) وهو الوصف الشرعي المطلق للنصف (أو هو) أي الاعتاق (إزالة الملك) لا أثبات العتق بإزالة ضده الذي هو الرق ولا هو إزالة الرق ليلزم عدم التجزئ (لأن الملك حقه) أي حق المعتق (والرق حق الشرع) لأن الكافر لما استنكف أن يكون عبداً جازاه الله فصوره عبداً عبداً (أو حق العامة) لأن الغائبين كما يقسمون غير الرقيق يقسمونه

باب العبد يعتق بعضه

(قوله) أخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه الخ أقول أول أن اعتاق الكل أفضل وأكثروا بالاول لأنه أكثر وقوعا (قوله) حتى جازله أن يبيع ويهب) أقول يعني عبده (قوله) أو يثبت بعضه) أقول أي بعض العتق (قوله) أن الاعتاق أثبات العتق بإزالة الملك وهو الوصف الخ) أقول قوله وهو راجع إلى الملك

(وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية التصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره) وهذا كما ترى بناء على كلامه على أحد الأمرين كل منهما مستقل بأفاده المطلوب وتقريره الاعتاق أثبات العتق بإزالة الملك والمالك متجزز فالاعتاق كذلك وانما قلنا بانه اثبات العتق بإزالة الملك لا بإزالة الرق لأن الاعتاق تصرف وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية التصرف فالاعتاق لا يتعدى ولاية التصرف وولاية التصرف وانما تكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته انما تكون على الملك وأما أن الملك متجزز فذلك بالأجماع لكنه يتعلق به أمر غير متجزز وهو العتق ونعلقه به لا يستلزم تجزئته ولا تجزئة عتقه كجواز الصلاة فانه أمر غير متجزز يتعلق بعتق وهو الارقان وكذلك الطهارة أمر غير متجزز يتعلق بعتق وهو غسل الأعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزئتها ولا عتقها وهي ارادة الصلاة هذا تقرير أحد الأمرين وتقرير الآخر الاعتاق ازالة الملك والمالك متجزز فالاعتاق ازالة العتق متجزز وبيان ذلك ما ذكرناه وهذا أسهل ما أخذنا ثم اذا تجزى الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فتجب عليه السعاية (والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده) أي عند أبي حنيفة (لأن الاضافة) أي اضافة الاعتاق (إلى البعض) توجب ثبوت المالكية (العبد (٣٧٨) في الكل) باعتبار العتق لانه لا يتجزأ (وبقاء الملك في بعضه يمنع) عن ثبوت المالكية

في الكل باعتبار الرق فانه لا يتجزأ فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والمسلم بالدليلين يمكن بازالة مكاتبهما فعملناهما وجعلناهما مكاتباً لأن المكاتب ماله بدا ومملوك رقبته كالمستسعى ويجوز أن يكون معناه اذ هو أي معتق البعض ماله بدا لاجل السعاية بمملوك رقبته كالمكاتب ويجوز أن يكون معناه اضافة العتق إلى البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قوله وما بقاء الملك في بعضه يمنع كما هو قول أبي حنيفة فقلنا انه حر بدا مملوك رقبته كالمكاتب علا

وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية التصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره والاصل أن التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزئ والمالك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتماس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لأن الاضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنع فعملنا بالدليلين بازالة مكاتبهما ماله بدا لارقبته والسعاية كبذل الكتابة فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للاعتاق غير أنه اذا تجزى لا يرد إلى الرق لانه اسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ

عن السعاية فعل ذلك اذا كان له عمل معروف وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا وانما صار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبراً وظاهر أن هذا اذا عين مقدارا كربعه حراً ونحوه فلو قال بعضك حراً وجزء منك أو شقص أمر بالبيان ولو قال سهم منك حراً فقياسه في قول أبي حنيفة أن يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسعى في خمسة أسداسه وقوله عتق ذلك القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لأن زوال الرق فانه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قول المصنف وقال لا يعتق كله فانه عن زوال الرق أي وقال لا يزول الرق عنه كله ثم قال المصنف رحمه الله بعد وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي يعني فيما اذا كان المولى واحداً أو كان لشريكين والمعتق مؤسس أما اذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك السالك كما كان حتى جازله ببيعة عنده والمراد من تجزئ الاعتاق تجزئ المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزئ وعدمه فان القائل العتق أو الاعتاق يتجزأ لم يرد به المعنى الذي يريد به قائل انه لا يتجزأ وهو زوال الرق أو ازالته اذ خلاف بينهم في عدم تجزئ به بل زوال الملك أو ازالته ولا خلاف في تجزئ به فلا ينبغي أن يقال اختلف في تجزئ العتق وعدمه أو الاعتاق

بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبذل الكتابة (فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للاعتاق) فان قيل لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقاً اذا عجز (غير أنه اذا عجز لا يرد رقيقاً لانه اسقاط لا إلى أحد) والاسقاط لا إلى أحد ليس فيه معنى المعاوضة لأنها انما تحقق بين اثنين وأذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة لا يقبل الفسخ (بخلاف الكتابة المقصودة) فانها اسقاط من المولى إلى المكاتب اقتداراً على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ وفي بعض النسخ

(قال المصنف وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية التصرف الخ) أقول أي التصرف الذي له حكم هو التصرف الذي يدخل الخ حكم التصرف من اضافة الصفة إلى الموصوف (قوله لأن الاعتاق تصرف إلى آخره) قوله فولايته انما تكون على الملك (أقول فيكون الاعتاق هنا مجاز في ازالة التي هي سببه كاللا يفتي حيث لم يوجد اثبات العتق ولا هو يقدر عليه (قوله ولا علمنا) أقول لم يعد الجار جراً على مذهب الكوفيين (قوله وتقرير الآخر الاعتاق الخ) أقول فالاعتاق حينئذ على حقيقته (قوله باعتبار العتق لانه لا يتجزأ) أقول فيه أن العتق لم يحصل بعد عنده (قال المصنف لأن الاضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله) أقول فيه بحث فان اللازم كما قرره أنما خلاف ذلك ولعل هذا مستغنى عنه ويكتفي في اثبات المطلوب لما كان بعضه مملوكاً وبعضه غير مملوك كان كالمكاتب

وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فثبتناه في الكل ترجيحاً للحجيم والاستيلاء متميز
عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه
بالضمان فكل الاستيلاء

بل الخلاف في التحقيق ليس الا فيما يوجب الاعناق أو لا وبالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم
تجزئ موجه غير أن زوال الرق لا يثبت الاعند زوال الملك عن الكل شرعاً حكم الحدث لا يزول الاعند
غسل كل الاعضاء وغسلها متميز وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية
من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع وانكاح بنته ونفسه ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعاً فقطع
بعدم تجزئ به والملك متميز قطعاً فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك
عن الباقي وحينئذ فينبغي أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أولاً زوال الملك أو الرق لانه محل
التزاع والوجه منتزح لابي حنيفة أما المعنى فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحقه الملك أما الرق
فحق الله أو حق العامة على ما تقدم فلزم أن الثابت بالاعتناق زوال الملك أولاً ثم يزول الرق شرعاً اتفاقاً
إذا زال لابي مالك وهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى اعتناقاً والالكان البيع والهبة اعتناقاً فانه ما
يلزم لو كان البيع والهبة ازالة الملك لا الى مالك لان ذلك هو المسمى بالعتق لا ازالة الملك كنهما كان وأما
السمع فخافي الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد فقوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاه حصصهم وعتق
العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق أفاد تصور عتق البعض فقط وقول أبوب لا ندري أثنى قاله نافع أو هو
شيء في الحديث لا يضرب الظاهر بل الواجب أنه منه إذا لا يجوز ادراج مثل هذه من غير نص فاطع في
افادة أنه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يوجب في الحديث عليه فادحة وكذا ما رواه البخاري
أيضاً عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصاً في مملوك فخلّصه
عليه في ماله ان كان له مال والا فقوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه أي لا يغلي عليه الثمن أفاد عدم
سراية العتق الى الكل بمجرد عتق البعض والالكان قد خلص قبل تخلص المعتق هذا هو الظاهر وأما
ما روي لهما من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركاً له في عبد
فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتق وفي لفظ فقد عتق كله فانه يقتضي عتق كله اذا
كان له مال يبلغ قيمته وليس مداهماً ذلك بل أنه يعتق كله بمجرد اعتناق بعضه كان له مال أو لا فقد أفادت
الاحاديث أن العتق بما يقتصر ولا يستلزم وجوده السراية وان وردت في العبد المشترك واستدل أيضاً
بدلالة الاجماع وهو أن المعتق اذا كان معسراً لا يضمن بالاجماع ولو كان اعتناق البعض اعتناقاً للكل
واتلافه لضمن مطلقاً كما اذا أنلفه بالسيف أو بالشهادة به لانسان ثم رجع بعد القضاء فانه يضمن مؤسراً
كان أو معسراً الكن قد يقال في هذا ان السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون
المراد بالعتق في قوله عليه السلام فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول
بتجزئ به كالحسن وهو مروي عن علي وعمر بخلاف ما قيل ان قول عمر قولهم ما فقد أسند الطحاوي الى عبد
الرحمن بن زيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها وكان بيني وبين أمي وأخي الاسود فأرادوا عتقه
وكنت يومئذ صغيراً فذكر الاسود ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعتقوا أنتم فإذا بلغ عبد الرحمن
ورغب فيما رغبت فيه أعتق وإلا ضمنكم أثبت لعبد الرحمن الاعتناق بعد بلوغه بعد أن ثبت في العبد
اعتناقه ما وانما قلنا ذلك لان الرق لا يتجزأ زوالاً اعند أحد فلزم المطلوب وهو أن النازل بالاعتناق بالذات
زوال الملك واذا ثبت ذلك لزم في اعتناق بعض العبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر أي يزول ملكه عنه
ويبقى كمال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها واذا ظهر أن ما زال بالاعتناق هو الملك والرق ثابت في كله

لانه اسقاط لا الى أجل يعني
بخلاف الكتابة المقصودة
فان الاسقاط فيها الى أجل
وهو وقت أداء البدل وقوله
(وليس في الطلاق والعفو
عن القصاص حالة متوسطة)
جواب عن قولهم فصار
كالطلاق والعفو عن القصاص
ووجهه أن ما ثبتت العتق
في الكل لا مكان العمل
بالدليلين بوجود حالة
متوسطة بين الحرية والرق
وهي الكتابة بصار إليها
وليس في الطلاق والعفو
ذلك (فثبتناه في الكل ترجيحاً
للحجيم وأما الاستيلاء فهو
متميز عنده حتى لو استولد
نصيبه من مدبرة يقتصر
عليه) حتى لو مات المستولد
عتق من جميع ماله فان قيل
لو كان الاستيلاء متميزاً
لا طرد في القنة أيضاً أجب
بأنه انما يتجزأ في القنة لان
المستولد لما ضمن نصيب
صاحبه بالافساد ملكه
بالضمان فكل الاستيلاء
وصار كأنه استولد جارية
نفسه لأن الاستيلاء عنده
غير متميز

(قوله وهو وقت أداء البدل)
أقول فيه بحث والظاهر
وهو وقت العجز (قوله حتى
لومات المستولد عتق من
جميع ماله) أقول ولومات
المدبر عتق من ثلث ماله

(واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشرى بكمه بالخيار ان شاء أعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولد للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولد بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد والولد بينهما في الوجهين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله

قال (واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) وكلامه واضح وفوق منافسة لفظية وهي أن أبي حنيفة لا يثبت عنده شيء من العتق فصار وجه صحة قوله عتق واجب بان المراد به ثبت استحقاق العتق أو زال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد وقوله (فالولد بينهما) يشير إلى أن الاختلاف في صحة السبب بان يكون اعتاق أحدهما ماعمل واعتاق الآخر بدونه لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعا

ولا زمة شرعا أن لا يبقى في الرق لزوم أن يسعي العبد في باقي قيمته لاحتباس ماله الباقي عنده وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل وكونه أحق بمكاسبه ولا يدلس عليه ولا استقدام وكونه رقيقا كله إلا أنه يخالفه في أنه لو عجز لا يرذال الاستقدام بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن نفسه لا إلى مالك صدقة عليه وإنما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه فسر اختلاف المكاتب فان عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتجيزه نفسه وعلى هذا ما إذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضم المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمه شيئا من قيمة الولد لأنه ما صنع في الولد شيئا ولأنه لم يثبت حق الشريك في الولد لأنها كانت مكتوبة حين ولدت والمكتوبة أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها والاعتراض بأنه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لأن التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه وإذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكره من إلحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء غير مفيد لأنه أن أراد إلحاق إزالة الرق به في عدم التجزئ ففسر محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزأ والأول إلحاق إزالة الملك به فغير صحيح لأنهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزأ وأقصى ما يمكن في تقريره أن يجعل إلحاق الرق بالملك لا إلى مالك في عدم التجزئ بان ينزل ويدعى أن التجزئ زوال الملك إلى مالك لا إلى غير مالك إلحاقا بالأمور المذكورة فان في الطلاق زوال ملك لا إلى مالك وفي العفو زوال حق لا إلى مستحق آخر والاستيلاء زوال ملك كذلك أعني ملك بيعها وهبتها والجواب أولاً لأنه إلحاق بالجامع لان عدم التجزئ في الأصول لعدم التصور إذ لا يمكن نصف المرأة منكوبة ونصفها مطلقة ولا نصفها مستولدة ونصفها لا ولا إسقاط نصف حق القتل فان القتل بثبوت حقه لا نصفه فحله لا يثبت وهو معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزئ فيه لان الزوال لا إلى مالك بل لا أثر لكون الزوال إلى مالك أو لا إليه بخلاف زوال ملك الرقبة وهذا معنى قول المصنف (وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة) أي ليس فيها إلا زوال كليهما أو بقاءهما (فأثبتناه في الكل) أي فأثبتنا زوال الملك في الكل (ترجيحاً للحرمة) وهو الحرمة فإنه اجتمع فيها موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به وأما الاستيلاء فتجزئ عنده حتى لو استولدت نصيبه من مدبرة اقتصر عليه حتى لو مات المستولدة عتق من جميع ماله ولو مات المدبرة عتقت من ثلث ماله وإنما كدل في القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه من حين الاستيلاء فصار مستولداً جارية نفسه فثبت عدم التجزئ ضرورة (قوله) وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق (أي زال ملكه عنه) (فان كان) المعتق (موسرا فشرى بكمه بالخيار ان شاء أعتق نصيبه) منجزاً أو مضافاً وينبغي إذا أضافه أن لا تقبل منه إضافته إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ولودره وجب عليه السعاية في الحال فاعتق كما صرحوا به فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء (وان شاء ضمن المعتق) قيمته إذا لم يكن بأذنه فان كان بأذن الشريك فلا ضمان عليه (وان شاء استسعى العبد) فيها (فان ضمن رجع المعتق على العبد والولد للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولد بينهما في الوجهين) أي في الاعتاق والسعاية (وهذا) كله (عند أبي حنيفة رحمه الله) هكذا ذكر في الأصل وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعملت حكمه أن يستسعى وأن يكاتبه وهو يرجع إلى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاخره جبراً ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته ان كان من التقدين

لا يجوز إلا أن يكون قد راغبنا فيه لان الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز إلا أكثر وكذا
لوصاله على عوض أكثر وإن كاتبه على عروض قيمتها أكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبياً
والعتق موسراً فاختار بين التضمين والسعاية لوليه والتضمين أولى لانه أنظر ولولم يكن له ولي انتظر بلوغه
ليختار قبل هذا في موضع ليس فيه فاض فإن كان في موضع فيه فاض نصب القاضي له فيما يختار
التضمين أو الاستسعاء وليس للولي اختيار العتق لانه تبرع بمال الصبي وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب
أو عبد مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة
الكتابة وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس
للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن إبطاله
وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وإن كان لا يملك الكتابة ابتداءً وإذا
اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاة نصيبهما المولاة لانهم ما يلبس من أهل الولاية فيثبت
الولاية لأقرب الناس إليهما وهو المولى وإن لم يكن على العبد دين فاختار للولي لأن كسبه مملوك للولي في
هذه الحالة وتقدير القيمة يوم الاعتاق فلو كان فيه صحبته عني يجب نصف قيمته صحبته وقلبه لو كان
أعني يوم العتق فالتجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعني لانه حال ثبوت سبب الضمان وكذا يعتبر
البسار والاعسار وقت العتق فلو كان موسراً وقت العتق فأعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسراً
فأيسر لا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم أعتقه فإن كان العبد قائماً انظر الى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم
يتصادق على العتق فيما مضى بقرم الحال لان العتق حادث في حال على أقرب أو فوات ظهوره وكذلك
إن أراد أن يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول
المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا في البسار والاعسار فقال المعتق أعتقت وأنا
معسر وقال الشريك بل وأنت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق إما لانه كالتشئ للعتق في الحال أولانه
لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فإن كان في الحال موسراً فالظاهر شاهد بل يدعى البسار فيما
مضى وإن كان معسراً في الحال فالظاهر شاهد بل يدعى العسرة فيما مضى وهو كالمستأجر مع رب
الطاحونة إذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال ولو تصادقوا على أن العتق كان سابقاً عليه في
مدة يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في انكار بساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان وإذا كان
موسراً يوم أعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بداه أن يبرئه ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن
سماعة عن محمد أنه إن قضى القاضي له بالضمان أو رضى به المعتق فليس له أن يستسعى الغلام بعد ذلك
والأفله قيل ما ذكر في الأصل من الإطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل في المسئلة روايتان ولومان
الساكت قبل أن يختار شيئاً فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا نورث
الخيار بل المعنى الذي أوجب الخيار للورث ثابت للورثة فإن شاؤا أعتقوا وإن شاؤا استسعوا العبد
وإن شاؤا ضمنوا المعتق فإن ضمنوه فالولاية كله للمعتق لانه باء الضمان اليهم علك نصيبهم كما كان يملك
بالاداء الى المورث وإن اختاروا الاعتاق أو الاستسعاء فالولاية في هذا النصيب للذكور من أولاد الميت
دون الإناث لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا نورث عنه وإنما نورث ما عليه من المال فيعتق
نصيب الساكت على ملكه والولاية يكون له فيخلفه في ذلك الذكور من أولاده دون الإناث إذا الولد لا نورث
وإن اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد
منهم فيما ورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس لهم ذلك إلا أن يجتمعوا على
التضمين أو الاستسعاء قال في المبسوط هذا هو الأصح لانه صار كالمكاتب لا يملك بالارث فكذلك هم
لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم لا يثبت لهم بالاعتاق ابتداءً

وقوله (لهما في الثاني) يعني أن يسار المعتق يمنع السعاية (قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه أن كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر) والقياس فيه أحد الأمرين إما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان أو معسرا إلا باعتاق نصيبه مقسدا على الشريك نصيبه بأنه يتعذر عليه استدانة (٣٨٣) ملكه والتصرف في نصيبه وضمنان الفساد لا يختلف باليسار والاعسار وإما عدم

وجوب الضمان على المعتق بحال لأنه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا ولا يلزمه الضمان وان تعدي ضرر تصرفه الى ملك الغير كن سقي أرضه قنن أرض جاره أو أحرق الحصاد في أرضه فأحرق شي من ملك جاره ولكنهما تركا القياس بالحديث المروى رواه نافع عن ابن عمر ومثله روى عروة عن عائشة ووجه الاستدلال أنه (قسم والقسمه تنافي الشركة) ووجه قول أبي حنيفة على ما ذكر في الكتاب ظاهر

(قال المصنف لهما في الثاني) قوله عليه الصلاة والسلام الى قوله تنافي الشركة) أقول وأجاب صاحب الكافي بأن في الحديث بيان أن الضمان يجب على المعتق عند يساره وذا لا ينفي وجوب السعاية على العبد لوصف التجيز وفائدة القسمه في نفي الضمان لو كان فقيرا اه واعترض عليه ابن الهمام بأن هذه القسمه كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا

وقال ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق) وهذه المسئلة تنبئ على حرفين أحدهما تجزى الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه أن كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمه تنافي الشركة

ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه وليس للمورث أن يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض فكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيأ فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه أن كان موسرا وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لأن نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختار ضممانه فإذا هلك على ملكه فليس له أن يقرر الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لأن صحة اختيار التضمين معلق بشرط هو أن عليك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لأن الميت لا يحتمل التملك وجه ظاهر الرواية أن وجوب الضمان عليه بالاعتاق لأن السبب وهو الفساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لأن تضمينه من وقت العتق وكان محل التملك عند ذلك بخلاف ما لو باعه نصيبه أو وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وان كان القياس بجوازه كالضمين لأن هذا تملك للعالم وهو غير محل له وفي جامع فاضحان لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته في قول أبي حنيفة رجه الله بل يسقط لأن الضمان يجب بطريق العمل صلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ به لأنه ضمان اتلاف وانما عرف استسعاء العبد عند عسره بالنص بخلاف القياس (قوله وقال ليس له) أي الساكت (إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق) قال المصنف (وهذه المسئلة تنبئ على حرفين أحدهما تجزى الاعتاق) عنده (وعدمه) عندهما فيسمى وهو حرمديون وتقدم بيانه (والثاني أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع) لهما فيه أن جميع النصوص التي ظاهرها تجزى الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث فعلية خلاصه في ماله وقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق عبدا منه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله أن كان موسرا في الصحيحين وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم من أعتق عبدا بين اثنين فإن كان موسرا قوم عليه ثم عتق والتي ظاهرها عدم تجزئه كحديث أبي الملق عن أبيه أن رجلا أعتق شقه صاله من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك وأجاز عتقه رواه أحمد وأبو داود وداود وزين في ماله وفي لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركاه في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتق كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير ولذا اختار الطحاوي قولهما ووجه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند اعساره الاستسعاء والقسمه تنافي الشركة واستدل لابي حنيفة رجه الله بقوله

بعين الجهة التي تفيد بها تلك الاقادة وأجاب صاحب العناية أيضا بأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم على وجه الشرط والمعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم فإز أن ثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبي حنيفة اه وفيه بحث (قوله ولكنهما تركا القياس الخ) أقول ويمكن أن يقال تركا القياس للتعارض أيضا فلي تأمل وفي الكافي فملا بالقياس في الحالين ليكون عملا بهما

وقوله (المائلنا) يريد به قوله

وله أنه احتسبت ماله نصيبه

وقوله (الأن العبد فقير

فستسعيه) قيل عليه إذا

سعى فالقياس أن يرجع

على المعنى لأنه هو الذي

ورطه وصار كالعبد المروء

فانه يرجع على الراهن بما

سعى وأجيب بأن عسرة

المعنى تمنع وجوب الضمان

عليه للساكت فكذلك

تمنعه العبد والعبد انما

سعى في بدل رقبته وماله

وقد سلم له ذلك فلا يرجع به

على أحد بخلاف المروء

فان سعابته ليست في بدل

رقبته بل في الدين الثابت

في ذمة الراهن ومن كان

مجبرا على قضاء دين في ذمة

الغير من غير التزام من جهته

يثبت له حق الرجوع به عليه

كافي معبر الرهن فان قيل

ما ذكر من وجه أبي حنيفة

فانما هو قياس في مقابلة

النص وهو باطل - أجيب

بان النبي عليه الصلاة

والسلام قسم على وجه

الشرط لانه صلى الله عليه

وسلم علق الاستسعاء بقدر

المعنى وهو لا ينافي الاستسعاء

عند عدمه لان المعنى

بالشرط يقتضى الوجود

عند الوجود ولا يقتضى

العدم عند عدمه فجاز أن

تثبت السعاية عند وجود

الدليل وان كان موسرا وقد

وجد ذلك على ما ذكرنا

من وجه أبي حنيفة

وله أنه احتسبت ماله نصيبه عند العبد فله أن يضمه كما إذا هبت الريح في ثوب انسان وألقته في صبيغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبيغ الآخر موسرا كان أو معسر المائلنا فكذا ههنا إلا أن العبد فقير فستسعيه

(أنه) أى الساكت (احتسبت) على البناء للفاعل (ماله نصيبه عند العبد فله أن يضمه) وان وقع احتسابها عنده بغير اختياره (كما إذا هبت الريح) فألفت ثوب انسان في صبيغ غيره فانصبغ به فان لصاحب الصبيغ أن يضم مال الثوب قيمة صبيغه موسرا كان أو معسر المائلنا إلا أن العبد فقير فستسعيه) وبأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد أن تضمين المعنى على خلاف القياس لانه إذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين غيره غيره وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بعقده الاختيارى لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما إذا هدم داره فأنه دمت لذلك دار جاره وأورد عليه أنه معارضة للنصوص بالتعليل فانها أوجبت السعاية إذا كان المعنى معسرا إذا كان موسرا وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم في الاستسعاء عند نفي الاعسار فجاز أن يثبت عند عدمه أيضا بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتساب كذا أوردته شارح وأجاب والتحقيق في إيراد أن النصوص قسمت فأعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمه تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجب الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجب التضمين عند الاعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب وقد أجيب أيضا بنحوه وهو أن القسمه ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضى الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمه تنافي الشركة مطلقا بل ذلك إذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه الصلاة والسلام وإذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وليس بشئ إلا أن تعدد الشرط ووحدة في اختلاف حكم القسمه وفي الكافي جعل فائدة القسمه نفي الضمان لو كان تفسيره ولا يخفى أن هذه القسمه كإفادته في الضمان لو كان فقيرا نفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التي تفيد بها تلك الافادة فان قيل في أى وجه أفادت القسمه نفي الشركة فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا في أن المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره وغاية ما يمكن أن يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه إذا كان على خلاف الدليل الظاهري وذلك أن الدليل وهو الاحتساب يقتضى قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا أو معسرا فلا يجوز تضمين المعنى فبين الشارع موضع مخالفة نفسه وهو التضمين في صورة اليسار وتوكل الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لان الدليل منصوب عليه وهذا لان الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفى القصور ببق جوازه ولا يخفى ان في هذا تقليلا معارضة الدليلين لانه في قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه في نفي أصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما أمكن وتحقيقه أن النص ورد مخصصا للقياس اذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعين الاستسعاء انما هو في غير ما إذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بنفس التصرف في أهل أمانا إذا كان له قدرة على اتمامها وجب كالشروع في صوم التطوع خصوص ما وعد اتمامها بوجوب اتمامها لا بآخر وهو العبد بخلاف ما إذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القرية وأما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من أن الاستسعاء عندهما على خلاف القياس في صورة الاعسار بناء على أنه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه اذ لا شك في أن عتق ما عليه م شروع وعبادة والاتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فسدت ماله باقى العبد كن هدم داره فأنه دمت لداره فالحق أن القياس ليس الا الاستسعاء والنص خصه وفي المسئلة قول الثوري واليث أن الساكت بالخيار ان شاء أعتق وان شاء ضمن ولا سعاية أصلا وسبب هذا

(قوله أجيب بان النبي صلى الله عليه وسلم الخ) أقول فيه بحث

وقوله ثم المتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب وهذا هو ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب (٣٨٤) البدن والحسن قدروى استثناءه وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم العتق

وكذا حال المعتق في يساره واعباره فان قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه نظر اليه يوم ظهر العتق كافي الاجارة اذا اختلغا في انقطاع

الماء وجرانه وقوله لا يسار الغنى إشارة الى نفي ما ذهب اليه بعض أصحابنا أن الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو أقل من النصاب كان معسرا اعتبارا باليسار المعهود وقوله (لأن به) أى يسار التيسير (يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق والساكت (بتحقيق ما قصد المعتق من القرية) وايصال بدل حق القرية اليه وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق القرية وتعام ذلك بعتنق ما بقي وذلك انما يحصل بايصال الساكت اليه واذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من اتمام قصده وايصال بدل حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره وقوله (ثم التخصير) على قولهما ظاهر (يعنى اذا علم أن هذه المسئلة مبنية على حرفين أى أصليين بقي الكلام في التخصير وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يكن متجزئا كان المعتق

ثم المتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لأن به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصد المعتق من القرية وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخصير على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزئ وأما التخصير فيجوز على قوله خيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذا لا اعتاق يتجزأ عنده

القول لإعلاهم لفظ السعاية في حديث أبي هريرة قال النسائي أثبت أصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائى وسعيد بن أبي عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن أبي عروبة يعنى في ذكر السعاية قال وبلغنى أن هماما روى هذا الحديث عن قتادة فجعل الكلام الأخير وان لم يكن له مال استسمى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة وقال عبد الرحمن بن مهدي أحاديث همام عن قتادة أصح من حديث غيره لأنه كتبها أملاء وقال الدارقطني سمعت أبا بكر النيسابورى يقول ما أحسن ما رواه همام وضبطه فصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن أبي عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعل الاستسعاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم وأحسبهما وهما فيه لخالفه شعبة وهشام قال الخطابي اضطر ب سعيد بن أبي عروبة في السعاية فتميز كرها ومرة لا يذ كرها فدل على أن ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر في السنة عنه عليه السلام من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد فقوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاه حصصهم وعتق عليه العبد والافتد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظروا فان سعيد بن أبي عروبة من الأثبات في قتادة وليس هو وبدون همام عنه وقد نأبوه جماعة على ذكر الاستسعاء فيه ورفعاه الى النبي صلى الله عليه وسلم وهما جرير بن حازم وأبان بن زيد الططار وحجاج بن أرطاة ويحيى بن صبيح الخراساني وقال الشيخ تقي الدين وقد أخرجه الشيخان في صحيحهما وحسبك بذلك يعنى رفعهما الاستسعاء في المسئلة مذاهب أخرى ضعيفة مثل أنه لا يعتق شئ أصلا ولو باذن الشريك وأنه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته وأن له التضمين وان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسي وأنه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين (قوله ثم المتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت) وهو ظاهر الرواية وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن (لا يسار الغنى) أى الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ (لان يسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القرية وتتميمها بضمائه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لأنه أسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير أسرع في تحقيق مقصوده ما فوجبه وهذا في الحقيقة تعليل للنص والافصاح النص أو جب الضمان عند مجرد تلك قيمة الحصص لانه المراد بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد بانفاق المسكمين عليه (قوله ثم التخصير على قولهما) أى تخرج تفصيل المسئلة على قولهما (فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار) فلم يكن الضمان منقولا اليه عما وجب على العبد بل هو شئ واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره وأما جعلهم الولاء كله للمعتق للحصص فلا أن العتق كله من جهته لعدم التجزئ فكان اعتاق بعضه اعتاق كله ويسعى في حالة أعساره حراما دينونا وأما التخصير على قول أبي حنيفة فأنبأ به خيار الاعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي اذا لا اعتاق منجز عنده فلا يعتق الباقي

موقعا للعتق في النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان وانفتت السعاية فلا يرجع المعتق بما ضمن يعتق على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار لا اصل الثاني فلورجع لكان عليه السعاية (والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته) لا اصل الاول (وأما التخصير على قوله خيار الاعتاق) للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزئا كان ملكه في الباقي فأنما جاز اعتاقه

وأما التضمين فلأن المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة ولقائل أن يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على أحد الأصلين أما على الأصل الثاني فظاهر وأما على الأصل الأول فلأن التجزى إن لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له والجواب أن الحرفين (٣٨٥) مبنى المسئلة من حيث المذهبان لأن

حيث كل واحد منهما والضمين في مذهبهما معتمد على عدم التجزى لاحتماله على أن يقول أن التجزى أن لم يوجب الضمان من حيث هو تجزى بوجبه من حيثية أخرى وهو افساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة وقوله (والاستسعاء) معطوف على قوله والتضمين وقوله (لما ينأ) إشارة إلى قوله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبنى على الأصل الثاني (ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك) أي أخذ القيمة (بالاستسعاء) بناء على الأصل الثاني فكذا من قام مقامه كالمدين إذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة في يد الغاصب وضمن القيمة كان له أن يرجع بما ضمن على القاتل (ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فصار كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي أن شاء) وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعي كالمكاتب

والتضمين لأن المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما ينأ ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي أن شاء والولد للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان وفي حال اعسار المعتق أن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما ينأ والولد له في الوجهين لأن العتق من جهته ولا يرجع المستسعي على المعتق بما أذى باجماع بيننا لأنه يسمى لفكالك رقبته أولا يقضى ديناً على المعتق إذا شئ عليه عسرته بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسمى في رقبة قد فكت أو يقضى ديناً على الراهن فلهذا يرجع عليه

بعتق المعتق نصيبه (والتضمين) بالتجزى وخيار التضمين للمعتق (لأن المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك) من الوصية والصدقة والاجارة والاعارة والامهار والاستخدام ونحو ذلك (مما سوى الاعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاء والكتابة وقوله (والاستسعاء) بالجر عطفاً على التضمين أي وإثبات خيار الاستسعاء (لما ينأ) من أنه احتبس مالية نصيبه عنده وانما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت لأنه ملكه بأداء الضمان من وقت الاعتاق فصار كالساكت والساكت ولاية الاستسعاء فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب إذا قتل المغموص في يده وضمن للمالك فإنه يرجع على القاتل لأنه ملكه بالضمين وللمالك التضمين فكذلك الغاصب ولأنه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي أو استسعاءؤه وقوله (ضمنا) جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك إلى ملك فأجاب بأن ذلك في الملك قصد احتيا لوباع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه تعليل قصد ولا يلزم من عدم الثبوت قصد اعدامه ضمنا (والولد للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته لأنه ملكه بالضمين) غايته أن بعضه يبدل وهو لا يمنع الولد (و) أما في حال اعسار المعتق أن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما ينأ من احتباس ملكه (والولد له) أي الساكت أي مشترك بينه وبين المعتق (في الوجهين) أي في الاعتاق والاستسعاء (ولا يرجع المستسعي) على المفعول أي العبد (على المعتق بشئ باجماع بيننا) خلافاً لابن أبي ليلى فإنه يرجع عنده على المعتق إذا أسير وانما لا يرجع بالاتفاق أما على قوله فإنه يسمى لفكالك رقبته وأما على قوله ما فلا أنه إن لم يكن ساعياً لفكالك رقبته فليس هو بسعائه يقضى ديناً على المعتق إذا شئ على المعتق إذا كان معسراً (بخلاف) العبد (المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسمى في رقبة قد فكت أو يقضى ديناً على الراهن فلذا يرجع على المعتق) إذا أسير وتطير الأول ما إذا أعتق أمته على أن تتزوجها فثبت نسبه في قيمتها وهي حرة وكذا لو أعتقها على خمر مثلاً تسعي في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحققت عتق ويسعى في قيمته وهو حرة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية بخلاف المريض إذا أعتق عبده فإنه يسعى وهو رقيق لأن تصرف المريض فيما لا يحتمل النقص

(٤٩ - فتح القدير ثالث) فكيف قبل ذلك وتقرر به أن ذلك ضمنى والضمينيات لا تعتبر وقوله (والولد للمعتق في هذا الوجه) يعنى إذا ضمن المعتق وهو ظاهر وقوله (لما ينأ) إشارة إلى قوله احتبست مالية نصيبه وقوله (ولا يرجع المستسعي على المعتق) ظاهر وقد قدمناه جواباً بالسؤال

(قوله وقد قدمناه جواباً بالسؤال) أقول أراد ما تقدم فلذلك الورق وهو قوله قبلي عليه إلى قوله وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان

قوله (وقول الشافعي في الموسر) بيان موضع خلاف الشافعي فانه ذكر في أول الباب مطلقا فاحتاج الى أن يبينه ههنا وقوله (ولاراض به) أي بالاعتاق لان الرضا انما يتحقق (٣٨٦) بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق ولا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا وقوله

وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر ببق نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساکت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يتنى السعاية على احتباس المالة فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للملكية والضعف السالب لها في شخص واحد قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أم معسر بن عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتباً في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستعجه لانه يتقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لانه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستعياه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في أحد شيئين

موقوف عنده (وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر ببق نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب) وهذا قول للشافعي (وجهه) عنده (لانه لا وجه لتضمين الشريك لاعساره ولا لاستسعاء العبد لانه ليس بجان ولا راض به ولا الاعتاق الكل لانه اضرار بالساکت فتعين ما عيناه قلنا فاختار أن يستسمى) قوله غير جان الخ قلنا لا يفتقر الى الجناية بل مدار لزمه احتباس المالة عنده كذا في صبيغ الثوب المطار وقد يمسك له بماروى من الزيادة في قوله فقد عتق منه ماعتق ورق مارق ويدفع بأنها كما قال أهل الشأن ضعيفة مكذوبة ولو ثبت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازا لا امتناع اقصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للملكية والضعف السالب لها في شخص واحد والحق أنه لا يحتاج اليها بل بقوله عتق منه ماعتق كفاية فانه اذا لم يعتق الا ذلك القدر ان لم يلزم بقا الباقي رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والملك هو المطلق للتصرف والجواب أن ما في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله ان كان له مال والاستسعى غير مشقوق عليه بوجوب استسعاءه عند اعساره ولا اعتراض على الشارع مع أن وجهه ما قدمنا * واعلم أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد به على تقدير صحتها أنه يستسمى ان اختار ذلك وأن هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله ليس لله شريك فانه يفيد تحجير العتق كله كقائلا أو عدم تقريره وهو الاولى واذا لم يقرر ولا ضمان على المعسر لزم الاستسعاء والابطال حقه مجانا جبراً بفعل غيره ولا نظيره في الشرع والاستسعاء بلا جناية في الشرع ثابت كافي العبد المرهون اذا عتقه سيده المعسر ولان الشرع اضطره الى فكالك رقبته حيث حكم وله ولاية الایجاد والاعدام بنفاذ عتق ذلك القدر وأن لا يقرر الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه والشافعي قول آخر وكقولهما في اليسار والاعسار واختاره المزني من أصحابه (قوله) ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أم معسر بن عند أبي حنيفة (وعتق) وكذا اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار العبد بذلك (مكاتبه) أي في حكم المكاتب (ويزعم أنه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستعجه) ان شاء أو يعتقه (لانه يتقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان) في دعواه عتق الشريك (أو صادقا لانه مكاتبه) ان كان صادقا (أو مملوكه) ان كان كاذبا (فلهذا يستعياه) أما في الصدق فظاهر وأما في الكذب فلم تكن الانسان من أمر عبده أن يسعي وبأنه با كسبه (ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه) أي حق كل منهما (في الحالين) حال يسار الآخر واعساره (في أحد شيئين) السعاية أو التضمين لأن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير

(فتعين ما عيناه) يعني عتق ماعتق ورق مارق (وقلنا الى الاستسعاء سبيل لان الاستسعاء لا يفتقر في وجوده الى الجناية) كافي اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا (بل يبنى على احتباس المالة) وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للملكية والضعف السالب لبعض البيع وأمثاله في شخص واحد قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه) كلامه واضح الامانة عليه قوله (بالعتق) أي بالاعتاق وقوله (في زعمه) أي في زعم كل واحد منهما وقوله (فيصدق) يعني كل واحد منهما ما في حق نفسه وقوله (لانه مكاتبه) أي على تقدير الصدق وقوله (أو مملوكه) يعني على تقدير الكذب فهو لاف ونشر مشوش وانما نقنا بحق الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله أعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا في قوله أعتق الشريك

يكون مقرا بأن العبد صار مكاتباً باعتبار تحريم الاعتاق عند أبي حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة أخذ بدل الكتابة عين وذلك أيضا جائز وقوله (لان حقه في الحالين) أي لان حق المولى في حال اليسار والاعسار (في أحد شيئين) أي التضمين والاستسعاء

وقوله (وقد تعذر التضمن لانكار الشريك) اعترض عليه بأنه لم تعذر التضمن على تقدير التحليف فانه لما أنكر يحلف فاذا نكل وجب الضمان وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهم ما أنه اعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتعين السعاية فلا فائدة في التحليف بل تعين السعاية بلا تحليف لان ما له اليه

(قوله وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهم ما الخ) أقول ولك أن تقول من أين علم أن اعتقاد كل منهما ذلك فيجوز أن يكون خبره غير مطابق لاعتقاده لا يقال وضع المسئلة فيه ألا ترى الى قوله شهدان الشهادة هي الاخبار الذي يكون عن مواطاة قلب لانه لو سلم أن معناها ما ذكره فالقاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر قال ابن الهمام بعد (٣٨٧) تقرير جواب الشارح وهذا صريح في أن

لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما ما وقال شارح هذا كله أي تعين استسعاءهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعى على الآخر الضمان والضمنان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المسد كور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما اذ لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الا خبر أنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكما الا الاستسعاء أما لو أراد أحدهما التضمن أو أراداه ونصيهما متفاوتا فترافعا أو رفعهما أو رفعهما وذو حصة فيما لو استرقاه بعد قوله هما فان القاضي لو سألهما فاجابا بالانكار خلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه حلف كاذبا واعتقاده ان العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ولو اعترفا أنهم ما اعتقاما على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر ان كانا موسرين ولا يستسعي العبد لانه عتق كله من جهتهم ما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فان المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فانه ان نكل صار معترفا أو باذلا فصار معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لو احدهما (لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعيته) وانما يدعى الضمان على صاحبه (لان يسار المعتقد يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت عليه لانكاره والبراءة من

لان يسار المعتقد لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمن لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والاولاهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه (وقال أبو يوسف ومحمد رجحما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعيته يدعى العتاق على صاحبه لان يسار المعتقد يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكاره الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه

عين وفي الاعسار حقه في أحدهما عيناه وهو السعاية وهذا (لان يسار المعتقد لا يمنع السعاية عنده) أي عند أبي حنيفة (وقد تعذر التضمن لانكار الشريك) الاعتاق وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لانه فرد ويشهد لنفسه ولهذالو كان الشر كاه ثلاثة فشهد كل اثنين منهم م على الآخر أنه عتق لم تقبل للمعنى الثاني فانه ما يثبتان لانفسهم احق التضمن أو يشهدان له بعد ما وانما أبتنا ما أثبتنا في المسئلة المذكورة باعتبار كل منهما على نفسه بحزمة استرقاقه ضمن الشهادة (فتعين السعاية) وهو عيب عند أبي حنيفة حتى يؤدي لان المستسعي كالمكاتب وأورد أن التضمن غير متعذر لانه لما أنكر يحلف فان نكل حازا التضمن وأجيب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذي اعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لان الما ل الى السعاية وهذا صريح في أن لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما ما وقال شارح هذا كله أي تعين استسعاءهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعى على الآخر الضمان والضمنان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المسد كور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما اذ لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الا خبر أنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكما الا الاستسعاء أما لو أراد أحدهما التضمن أو أراداه ونصيهما متفاوتا فترافعا أو رفعهما أو رفعهما وذو حصة فيما لو استرقاه بعد قوله هما فان القاضي لو سألهما فاجابا بالانكار خلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه حلف كاذبا واعتقاده ان العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ولو اعترفا أنهم ما اعتقاما على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر ان كانا موسرين ولا يستسعي العبد لانه عتق كله من جهتهم ما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فان المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فانه ان نكل صار معترفا أو باذلا فصار معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لو احدهما (لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعيته) وانما يدعى الضمان على صاحبه (لان يسار المعتقد يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت عليه لانكاره والبراءة من

العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ولو اعترفا أنهم ما اعتقاما على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر ان كانا موسرين ولا يستسعي العبد لانه عتق كله من جهتهم ما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فان المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فانه ان نكل صار معترفا أو باذلا فصار معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا اه في قوله وهذا صريح في أنه لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما الخ بحث لان الصدق ليس مطابقة الحكم للاعتقاد بل للواقع والاقسام على اليقين بناء على الاعتقاد تأمل (قوله أنه اعتقه صاحبه يحلف الخ) أقول من أين علم أنه يحلف فانه يجوز أن ينكل والنكول بذل عند أبي حنيفة ثم لا يحلف على فعل صاحبه بل على فعل نفسه والجواب أنه يحلف على الحاصل بأنه ليس له على حق التضمن فليتنامل

وقوله (على ما بيناه) يريد به قوله لا تاتينا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا كذا في النهاية وقيل هو إشارة إلى قوله لا نه مكانه أو مملوكه (ولو قال أحد الشريرين أن لم يدخل (٣٨٨) فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر أن دخل فهو حر فحضى الغد ولا يدري أمدخل أم لا

عق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (لكن عند أبي حنيفة لا فرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد فإلها في استحقاق النصف الباقي على السواء وعند أبي يوسف إن كانا معسرين فكذلك وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء لأن كل واحد منهما متبرأ عن السعاية ويدعى الضمان على شريكه لأن يسار المعتق يمنع السعاية وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى في ربع قيمته للموسر من مالان المعسر يدعى الضمان على شريكه ويتبرأ عن سعاية العبد فتسقط حصته عنه والموسر يدعى السعاية على العبد فيسعى له في حصته (وقال محمد بن رحمه الله يسعى في جميع قيمته) بينهما نصفين إن كانا معسرين وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى في نصف قيمته للموسر منهما لأن المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعى فان يسار المعتق عنده أيضا يمنع

(وإن كانا معسرين سعى لهما) لأن كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه إذا لمعتق معسر (وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما) لأنه لا يدعى الضمان على صاحبه لا عساره وانما يدعى عليه السعاية فلا يتبرأ عنه (ولا يسعى للمعسر منهما) لأنه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحمله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفاً على أن يتفقا على اعتناق أحدهما (ولو قال أحد الشريرين أن لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر أن دخل فهو حر فحضى الغد ولا يدري أمدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله وقال محمد بن سبي في جميع قيمته) لأن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا

السعاية قد ثبتت لا قراره على نفسه) بثبوت سببها حيث أقر بعق الشريك مع يساره (وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا) لفرض أن المعتق معسر وقوله (على ما بيناه) أي من أن العبد مملوك أو مكاتبه الآن عندهما لا يكون مكاتباً بل حرميون (وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما) لأنه لا يدعى الضمان على صاحبه لا عساره وانما يدعى السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لأنه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحمله (أي يشته) (لصاحبه) حيث ادعى أنه هو الذي أعتق والعتق لا يتجزأ أي لا يثبت به إلا ما لا يتجزأ أصلاً من زوال الرق (وهو) أي صاحبه (تبرأ عنه فيسقى موقوفاً إلى أن يتفقا على اعتناق أحدهما) فلم يتم تفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال (قوله) (ولو قال أحد الشريرين) في عبد (أن لم يدخل فلان) يعني العبد (الدار غدا فهو حر وقال الآخر أن دخلها غدا فهو حر فحضى الغد ولا يدري أمدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر) بينهما (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) على تفصيل يقتضيه مذهب أبي يوسف وهو أنه انما يسعى في النصف لهما إذا كانا معسرين فلم يكن أحدهما موسرا يسعى في الربع للموسر ولو كانا موسرين لا يسعى لأحد واليه أشار المصنف بعد هذا بقوله وينبغي التفريق فيه على أن يسار يمنع السعاية ولا يمنعها على الاختلاف الذي سبق فاعلم ما جع بينه وبين قول أبي حنيفة في أنه لا يجب إلا النصف (وقال محمد بن سبي في جميع قيمته) لهما إن كانا معسرين وينصفه للموسر إن كان أحدهما معسرا ولا يسعى في شيء إن كانا موسرين وهذه على وزان المسئلة السابقة أعني أقرار كل منهما بأنه هو الذي أعتق وهناك إذا كان أحدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى إلا للموسر فكذا هذا وهذا لأن الذي يأخذ السعاية أبداً يكون هو الساكت والآخر معتق فإذا كان أحدهما موسرا فانه يتبرأ من تضمين المعسر فأخذ السعاية وعلى انزال المعسر هو الساكت فزعمه أن لا سعاية له على العبد وانما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول إلى شيء مطلقا كالموسر إن كانا موسرين فان كلا يزعم أن حقه تضمين الآخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية (قوله) لأن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول) وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه عتق العبد (ولا يمكن القضاء على المجهول) ولا التوزيع لأنه يؤدي إلى إسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته واعطائه لغير مستحقة وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المهم لأنه غير واقع في العين فلم ينافه التوزيع (فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى بشيء للجهالة) فكذا لا يقضى

وجوب السعاية وجه قول محمد بن سبي إذا كانا معسرين أن المقضى عليه بسقوط حقه في السعاية وهو الحائث بينهما مجهول والمجهول لا يجوز القضاء عليه (فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى) عليه (بشيء للجهالة) كذا هذا بسقوط

ولهما أناتقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حاث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشروع والتوزيع كما إذا أعتق أحد عبديه لأبعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكار أو البيان ويتأق التفرع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق (ولو حلفا على عشرين كل واحد منهما لأحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما) لان المقضى عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضى له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضى له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول (واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على مامر

بسقوط شيء لذلك وإذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل (قوله ولهما أناتقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حاث بيقين ومع التيقن بالسقوط كيف يقضى به والجهالة) المانعة من القضاء بالسقوط (ترتفع بالشروع) أي شموع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين (وتوزيعه) عليهما فصار المقضى عليه بالسقوط المولين فلا جهالة في المقضى عليه وانما تلزم لو قضى على أحدهما ما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية أحدهما بتمامه وكون التعين في نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحري عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدرى المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعن في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن ونسي كل واحد في تسعة أعشار قيمتها وصار (كما إذا أعتق أحد عبديه لأبعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكار) في الثاني (أو البيان) في الأول فان العتق يوزع عندنا لعدم الأولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصيبه للأورثة وقد موته معتبر لانه إذا لم يعت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعي في أنه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث بقام مقامه فانه أثبات الورثة فيما لم يجعل الشرع فيه ورثة في الثاني واسقاط جميع حق المستحق في الأول واسقاط بعضه للضرورة أولى وقيل ان الجهالة في المقضى عليه لا تمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما بلبيل أن من طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر التيقن به وان كان المقضى عليه منهن مجهولة لكن لما كان المقضى له معلوما ما جاز القضاء كذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد هذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار (قوله ولو حلفا على عشرين كل واحد منهما لأحدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على مامر (قوله ولهما أناتقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حاث بيقين ومع التيقن بالسقوط كيف يقضى به والجهالة) المانعة من القضاء بالسقوط (ترتفع بالشروع) أي شموع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين (وتوزيعه) عليهما فصار المقضى عليه بالسقوط المولين فلا جهالة في المقضى عليه وانما تلزم لو قضى على أحدهما ما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية أحدهما بتمامه وكون التعين في نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحري عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدرى المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعن في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن ونسي كل واحد في تسعة أعشار قيمتها وصار (كما إذا أعتق أحد عبديه لأبعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكار) في الثاني (أو البيان) في الأول فان العتق يوزع عندنا لعدم الأولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصيبه للأورثة وقد موته معتبر لانه إذا لم يعت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعي في أنه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث بقام مقامه فانه أثبات الورثة فيما لم يجعل الشرع فيه ورثة في الثاني واسقاط جميع حق المستحق في الأول واسقاط بعضه للضرورة أولى وقيل ان الجهالة في المقضى عليه لا تمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما بلبيل أن من طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر التيقن به وان كان المقضى عليه منهن مجهولة لكن لما كان المقضى له معلوما ما جاز القضاء كذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد هذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار (قوله ولو حلفا على عشرين كل واحد منهما لأحدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على مامر (قوله ولهما أناتقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حاث بيقين ومع التيقن بالسقوط كيف يقضى به والجهالة) المانعة من القضاء بالسقوط (ترتفع بالشروع) أي شموع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين (وتوزيعه) عليهما فصار المقضى عليه بالسقوط المولين فلا جهالة في المقضى عليه وانما تلزم لو قضى على أحدهما ما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية أحدهما بتمامه وكون التعين في نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحري عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدرى المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعن في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن ونسي كل واحد في تسعة أعشار قيمتها وصار (كما إذا أعتق أحد عبديه لأبعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكار) في الثاني (أو البيان) في الأول فان العتق يوزع عندنا لعدم الأولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصيبه للأورثة وقد موته معتبر لانه إذا لم يعت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعي في أنه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث بقام مقامه فانه أثبات الورثة فيما لم يجعل الشرع فيه ورثة في الثاني واسقاط جميع حق المستحق في الأول واسقاط بعضه للضرورة أولى وقيل ان الجهالة في المقضى عليه لا تمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما بلبيل أن من طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر التيقن به وان كان المقضى عليه منهن مجهولة لكن لما كان المقضى له معلوما ما جاز القضاء كذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد هذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار (قوله ولو حلفا على عشرين كل واحد منهما لأحدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على مامر

ولهما أناتقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حاث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشروع والتوزيع جواب عن قوله المقضى عليه مجهول فان قيل في التوزيع فساد وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق واجبا للعتق أجيب بأن ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد وذلك لاننا لم نقل بالتوزيع ولنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه وأما إذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى وقوله (ويتأق التفرع فيه) قد أمضينا في أثناء الكلام وقوله (ولو حلفا على عشرين كل واحد منهما لأحدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على مامر (قوله ولهما أناتقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حاث بيقين ومع التيقن بالسقوط كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة) المانعة من القضاء بالسقوط (ترتفع بالشروع) أي شموع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين (وتوزيعه) عليهما فصار المقضى عليه بالسقوط المولين فلا جهالة في المقضى عليه وانما تلزم لو قضى على أحدهما ما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية أحدهما بتمامه وكون التعين في نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحري عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدرى المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعن في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن ونسي كل واحد في تسعة أعشار قيمتها وصار (كما إذا أعتق أحد عبديه لأبعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكار) في الثاني (أو البيان) في الأول فان العتق يوزع عندنا لعدم الأولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصيبه للأورثة وقد موته معتبر لانه إذا لم يعت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعي في أنه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث بقام مقامه فانه أثبات الورثة فيما لم يجعل الشرع فيه ورثة في الثاني واسقاط جميع حق المستحق في الأول واسقاط بعضه للضرورة أولى وقيل ان الجهالة في المقضى عليه لا تمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما بلبيل أن من طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر التيقن به وان كان المقضى عليه منهن مجهولة لكن لما كان المقضى له معلوما ما جاز القضاء كذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد هذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار (قوله ولو حلفا على عشرين كل واحد منهما لأحدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على مامر

الامان ذكره

قوله (ولا ضمان عليه) أي على الأب وقوله (وكذا الورثان) يعني بالاتفاق وصورته امرأه اشترت ابن زوجها فانت عن أخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه أو امرأه (٣٩٠) لها زوج وأب ولها غلام وهو أبوزوجها فانت المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وأبها

وقوله (وقالا في الشراء) إشارة إلى ما ذكرناه من الاتفاق في صورة الارث وقوله (قد حلف بعقته ان اشترى نصفه) انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعقته ثم اشترى بشركة الآخر لا يعتق عليه لان الشرط شراء كل العبد ولم يوجد وجه قولهما على ما ذكره في الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره في نفسه وتقريره الشريك الآخر رضی بافساد نصيبه ومن رضی بذلك لا يضمن المفسد (كما اذا أذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك) أي الدليل على رضاه بافساد نصيبه (أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا)

الآخر ولم يعلم ولكن يسمي العبد في نصف قيمته لشريك أبيه ان شاء وان شاء أعتقه (وهذا عند أبي حنيفة) وأجمعوا أنهم مالو ورثناه لا يضمن الأب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع منه وللفظ الحديث أعني قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شركا له خبيثا فبفسد كونه العتق اختياريا (وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكا جميعا) معا (أو صدقة أو وصية وعلى هذا) الخلاف أيضا (اذا اشتراه رجلان أحدهما حلف بعقته ان اشترى نصفه) أما لو حلف بعقته ان اشتراه لا يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو شراء كله (لهم ما أنه) أي الأب (أبطل نصيب صاحبه بالاتفاق) الاختياري لترتب على الشراء وهو اختياري وشراء القريب اعتاق (وصار كما اذا كان العبد بين أجنبيين فاعتق أحدهما نصيبه) لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه وله أن شرط التضمن مع العتق الاختياري أن لا يكون برضا من له حق التضمن ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم بضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة كان راضيا بافساد نصيب نفسه فلا يضمنه فصار كما اذا أذن له باعتاقه صريحا وعلم بما ذكرنا المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان اعتاقه ثبت اختياريا بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها وهذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر ان ضربه فهو حر فضربه عتق نصيبه فان له أن يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرة شرط العتق رضا بالعق لان وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك وهو حار الواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الإيجاب في البيع لانه مباشرة العلة لان العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشرة علة العتق ولو قيل سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضا بوقوع الجزاء والمدار وهو وجود دلالة الرضا قلنا لا شك أن له نأديب عبده اذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضررا لا يلزمه بالزامه اياه خلفه عليه أن لا يضربه ظلم منه فلا يصح أن يقال ان لم يلزمه مطلق حقه في التضمن لكنه يقتضي أنه لو قال ان ضربت هذا العبد اليوم ظمنا فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه واطلاق الجواب بخلافه وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لانه ضرر والعاق لا يرضى به ولان وضعه لاثبات ملكه لازواله قد فوع بالضرورة لان من علم أن عبده فعل كذا ثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بأنه رضاه عنه بما ترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه اثبات ما يرتب عليه وللعاق في ذلك أغراض صحيحة دينوية من استفادة المدح والولاء وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الاجر لا يقال رضا الأب بالشراء رضا بالاتفاق والرضا بالاتفاق رضا بالضمان وأبو حنيفة رحمه الله يشتهر اذا كان المعتق موسرا واختار السكك التضمن فكيف ينفيه لانه يقول كونه رضا بالضمان لا يوجب امكان تضمين الآخر له الا اذا لم يكن رضا باعتاقه كما ذكرنا وأما ابراه على قولهما هكذا الاعتاق لا يجزأ على قولهما فاعتاق

وقوله (وقالا في الشراء) إشارة إلى ما ذكرناه من الاتفاق في صورة الارث وقوله (قد حلف بعقته ان اشترى نصفه) انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعقته ثم اشترى بشركة الآخر لا يعتق عليه لان الشرط شراء كل العبد ولم يوجد وجه قولهما على ما ذكره في الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره في نفسه وتقريره الشريك الآخر رضی بافساد نصيبه ومن رضی بذلك لا يضمن المفسد (كما اذا أذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك) أي الدليل على رضاه بافساد نصيبه (أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا) والمشاركة في علة العتق رضا بالعق لا محالة والمراد بالعلة علة العلة لان الشراء علة التملك والتملك في القريب علة العتق والحكم بضاف إلى علة العلة اذا لم تصلح العلة للاضافة إليها وهما كذلك لان التملك حكم شرعي ثبت بعدم مباشرة عتقه بغير اختيار بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة (قوله لانه اذا حلف بعقته ثم اشتراه بشركة الآخر) أقول الظاهر أن يقال لانه اذا حلف بعقته بعد أن اشتراه بدل قوله ثم اشتراه بشركة

وقوله (وهذا ضمان

لإفساد) يجوز أن يكون جواباً عما يقال أنما كان الرضا مسقطاً للضمان أن لو كان ضماناً لفساد أو ما إذا كان ضماناً لثبوت فلا يسقط به كإذا استولد أحد الشريرين الجارية بأذنه فإنه لا يسقط به الضمان لأنه ضمان ثبوت إذا استولد موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان ثبوت وجه الجواب أنه ضمان إفساد في ظاهر قوله ما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا وانما قيد بقوله في ظاهر قولهما لأنه روى عن أبي يوسف أن هذا ضمان ثبوت فلا يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط به الضمان وقوله (ولا يختلف الجواب بين الغسل) أي بالقرابة (وعدمه في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رجه الله لأن الحكم يدار على السبب) أي العلة (كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للأمر ولا يعلم الأمر بملكه) والسبب قد وجد بما روى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين ما إذا كان عالماً بالقرابة وبين ما إذا لم يكن عالماً بها في حكم الضمان لأن الرضا لا يتحقق إلا إذا كان

وهذا ضمان إفساد في ظاهر قوله ما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للأمر ولا يعلم الأمر بملكه (وان بدأ الأجني فاشتري نصفه ثم اشتري الأب نصفه الآخر وهو موسر فالأجني بالخيار إن شاء ضمن الأب) لأنه مارضى بإفساد نصيبه (وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبي حنيفة رجه الله لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقال لا خيار له ويضمن الأب نصف

البعض اعتاق الكل ولا يمكن إعتاق الكل إلا بملك نصيب الآخر ولا يملك الأب بالضمين والجواب أنه ثبوت ضمنى فلا توجه له هنا (قوله وهذا ضمان إفساد) جواب عما يقال كونه رضى باعتاق شريكه لا يوجب إسقاط الضمان كما لو استولد الأمة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان إفساد وبسطه أن الضمان في العتق ضمانان ضمان ثبوت ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاء فلو استولد أحد الشريرين الجارية باذن شريكه لا يسقط ضمانهما له ومن حكم ضمان التملك أيضاً أنه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاء ضمان ثبوت لأن وضع الاستيلاء لطلب الولد وهو يستدعي التملك فأثبتناه وضمان إتلاف وهو ضمان الاعتاق ويقال ضمان جنائية وليس بصواب لأنه لا جنائية في عتق الإنسان ما علكه الله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك فصح أن يقال ضمان إتلاف وضمان إفساد وإن لم يكن عليه ثم في هذا الإفساد نعم لو قصد بعثقه قصد إفساداً ثم به أو ما وضع العتق فليس مقتضياً لزومه ثم كون ضمان الاعتاق ضمان إتلاف وهو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالابنية وعدمها وروى عن أبي يوسف أنه ضمان ثبوت فلا يختلف باليسار والاعسار وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالماً بالابنية فلا يضمن الأب أو غير عالم فيضمنه لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالماً وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لأن المسقط لحقه في التضمن مباشرة بسبب إسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله كما إذا طعم الغاصب المغصوب بالمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب والنظر المذكور في الكتاب ما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للأمر ولا يعلم الأمر بملكه فإنه ليس له أن يضمن إلا كل إذا علم مستقيم أيضاً وانما قلنا على خلاف القياس لأن القياس أن لا يختلف ضمان الإتلاف باليسار والاعسار ألا يرى أن من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسراً فان قلت قد أسلفت أن القياس ليس بالاستسعاء لأن العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو التضمن للإتلاف قلنا قد حكى خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين للوجهين المذكورين ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جنائية المعتق ولذا يثاب عليه وكل منهما غير صحيح في نفس الأمر لفرض ورود النص على خلاف إطلاق مقتضاهما من الاستسعاء وانما والتضمن دائماً وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للجهت القياس الصحيح الموافق للنص أو خفى عليه والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوع أو صلاة قادر على أتمامه حيث يجب عليه أتمامه فان لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع إليه (قوله وان بدأ الأجني فاشتري نصفه ثم اشتري الأب النصف الآخر وهو موسر فالأجني بالخيار إن شاء ضمن الأب قيمة نصيبه لأنه مارضى بإفساد نصيبه) لأن دلالة ذلك ما كان الإقبولة البيع معه وهو منتف هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه (وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبي حنيفة وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده (وقال لا خيار له) أي للأجني بل يتعين التضمن على ما مر من أن

عالمها وقوله (وان بدأ الأجني) ظاهر مما تقدم وكذلك

قوله (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر) وانما قد بقوله من يملك كله لانه اذا اشترى نصيب أحد الشرى يكن منه ضمن السالك بالاجماع وقوله (والوجه قد ذكرناه) إشارة الى قوله لهما انه أبطل وله أنه رضى قال (واذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وهو موسر ثم أعنته الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان) أى (٣٩٢) أراد الان مرید الضمان انما هو السالك والمدر دون المعتق فكان المراد بالجمع التثنية

أو أطلق الجمع بطريق التغليب (فلساكت أن يضمن المدر ولا يضمن المعتق وللمدر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) وبيان ذلك أن قيمة العبدان كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان السالك يضمن المدر تسعة والمدر يضمن المعتق ستة وذلك لأن قيمة المدر ثلثا قيمة القن لما تذكر بالتدبير تلفت منه تسعة فكان الاتفاق بالاعتاق واقعا على قيمة المدر وهى ثلثا قيمة القن وهى ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدر المعتق ثلث الستة فقط ولا يضمنه التسعة التى هى نصيب السالك مع تلك الستة التى يضمنها لها (وهذا عند أى حنيفة رجه الله وقال العبد للمدر ويضمن ثلثي قيمته لشرى بكيه موسرا كان أو معسرا) قوله (وأصل هذا) ظاهر وقوله (على ما مر) إشارة الى قوله لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الخ وقوله (غير) أنه له أن يضمن المدر) بيان حصر الضمان على المدر

قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أى حنيفة رجه الله وقال لا يضمن إذا كان موسرا) ومعناه اذا اشترى نصفه من يملك كله فلا يضمن لبايعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه (واذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وهو موسر ثم أعنته الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان فللسالك أن يضمن المدر ثلث قيمته قنسا ولا يضمن المعتق ولا مدر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن وهذا عند أى حنيفة رجه الله وقال العبد كله الذى دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشرى بكيه موسرا كان أو معسرا) وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أى حنيفة رجه الله خلافا لهما كالاتفاق لانه شعبة من شعبة فيكون معتبرا به ولما كان متجزئا عند أى اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سدد عليه طرق الانتفاع به بعباده على ما مر فاذا اختار أحدهما المعتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للسالك سببا ضمان تدبير المدر واعتاق هذا المعتق غير أن له أن يضمن المدر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الأصل

يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أى حنيفة) للبايع (وقال ان كان موسرا يضمن ومعناه اذا اشترى نصفه من يملك كله والوجه قد ذكرناه) وهو أنه لبايعه منه فقد رضى بعق نصيبه والرضا بعق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه والا فهو لم يذكر أن البيع من يعتق عليه رضا بعق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع (قوله) واذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وهو موسر ثم أعنته الآخر وهو موسر (فأراد كل من السالك وهو الذى لم يعتق ولم يدبر والمدر والضممان وهما المراد بقوله (فأرادوا الضمان فللسالك أن يضمن المدر) ثلث قيمة العبد قنسا وليس له أن يضمن المعتق شيئا واذا ضمن المدر الثلث رجع به على العبدان شاء على وزان ما تقدم فيما اذا اعتق أحد الشرى يكن وهو موسر حصته ضمنه السالك حيث كان له الرجوع به على العبد عند أى حنيفة (وللمدر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) أعنى ثلثه قنسا (وهذا) كله (عند أى حنيفة وقال العبد كله الذى دبره أول مرة ولا يضمن ثلثي قيمته لشرى بكيه موسرا كان أو معسرا أو أصل هذا) الخلاف (أن التدبير يتجزأ عند أى حنيفة خلافا لهما كالاتفاق لانه شعبة من شعب العتق) اذ هو عتق مضاف (فيكون معتبرا به ولما كان) التدبير (متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين) حيث امتنع على كل منهما البيع وما فى معناه من الهبة والوصية والصدقة والامهار فثبت لكل منهما (١) خمس خيارات (أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سدد عليه ما ذكرنا فاذا اختار أحدهما المعتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للسالك) وهو الثالث الذى لم يعتق ولم يدبر (سببا ضمان) أحدهما (تدبير المدر) الذى أفسد عليه ما أفسد (والآخر) عتق هذا المعتق فانه تغير نصيب المدر والسالك حيث كان لهما ولا به الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعق المعتق حيث استحق به العبد خروجه الى الحر به بالسعاية أو التضمين (غير أن) السالك (له تضمين المدر) ليس غير (ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الأصل) فى الضمان لان به يعتدل جانبيا الضامن والمضمون له فانه

(قال المصنف غير أن له أن يضمن المدر ليكون الضمان ضمان معاوضة) أقول يعنى ثبت ضمان المعاوضة فى لما ضمن ضمان الافساد لا يقال اذا كان ضمان معاوضة ينبغى أن لا يختلف باليسار والاعسار كما فى سائر المعاوضات لانه ضمان افساد يتضمن ضمان المعاوضة ولا معتبر بالضمانات فليتأمل

بعد ما كان الاعتراف أيضا سبب ضمان وتقرر بذلك أن ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمنان المعتبر ضمان جنابة واتفق والاصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل الى غيره الا عند العجز أما أن ضمان المدبر ضمان معاوضة فلا نه يضمن ما تلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا لذلك فانه قد سبب الضمان موجبا للملك المضمون بخلاف ضمان الاعتراف فانه يضمن ما تلفه وما تلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تلك المضمون وذلك خالص ضمان الجنابة وأما أن الاصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح (ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) ومما يدل على أن ضمان المدبر ضمان معاوضة أن من غصب مدبرا فاكسب عند الغاصب كسبا ثم أبق فلم يرجع من إبقائه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب قال في النهاية والمسنحة في آخر باب النهي من أصول الفقه لشمس الأئمة السرخسي وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند أداء الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلا نعتبر ضمان المدبر وما تلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان أولى وقوله (لانه عند ذلك مكاتب أوحى على اختلاف الاصلين) قال الامام جلال الدين ابن المصنف هذا غير مستقيم وكذا قوله لا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتراف ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتراف والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب الا أنه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح أن يقال لانه عند ذلك مدبر (٣٩٣) وأقول للسالك حق الاستسعاء وكل من فيه حق

الاستسعاء بمنزلة المكاتب كما أن من فيه حق البيان كذلك على ما سيجي في هذا الكتاب في مسألة الثابت والخارج والداخل أن للمولى بيان حق الإيجاب الاول في كل واحد من الثابت والخارج فإدام له حق البيان كان كل منهما حراما من وجه عبادا من وجه فكان الثابت كالمكاتب فكذا ههنا مادام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى

حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتراف لانه عند ذلك مكاتب أوحى على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال

لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن مادفع بدله فثبت أمكن هذا لا يعدل عنه (ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) خلافا لما في حيث جعله ضمان اتلاف فاذا جعل الضمان فيما هو عود وان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه أولى وهذا يحقق ما ذكرنا في قولهم ضمان جنابة والدليل على اعتبارهم إياه ضمان جنابة ما في قاضيجان لو غصب عبدا فأبقى وقضى على الغاصب ببقية ثم عاد للغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أذاها والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكسب عنده كسبا ثم أبق ولم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند أداء الضمان ومما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب في الحال مع أن اقراره بالانكشاف مؤخر الى ما بعد العتق واذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لانه يمكن (لكونه) أي نصيب السالك (قابلا للنقل من ملك الى ملك) في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكاش بعده سببا للضمان المعاوضة (لانه) أي العبد (عند ذلك مدبر) وفي بعض النسخ حر (أو مكاتب على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال) فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف هو غير مستقيم لانه عند

الاعتراف فكذلك تنفسخ بالتراضي

(٥٠ - فتح القدير ثالث)

(قال المصنف لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير) أقول أي قبل ثبوت حكم التدبير فان ملكه بتضمين السالك يستند الى ذلك الوقت (قوله فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل الى قوله كان أولى) أقول هذا يخالف لما سيجي في كتاب الغصب فراجع مع أنه يهدم ما شيدوه في بيان نفي ثبوت حق تضمين السالك لا عتق عن أساسه لان بناءه على عدم إمكان ضمان المعاوضة في المدبر فتدبره وجوابه أن ذلك ضرورة أن لا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد على ما سيجي في كتاب الغصب ومثبت بالضرورة لا بد وموضعها فليأمل (قال المصنف لانه عند ذلك مكاتب أوحى على اختلاف الاصلين الخ) أقول قال الاستاذ مولانا جلال الدين ابن المصنف قوله لانه عند ذلك حر أو مكاتب على اختلاف الاصلين غير صحيح وكذا قوله لا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتراف ليس بحر ولا مكاتب وانما يصير كذلك بعد الاعتراف والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب الا أنه لا تنفسخ هذه الكتابة بالرضا ولا بالتفاسخ وانما الصحيح أن يقال لانه عند الاعتراف مدبر ولا يقبل النقل من ملك الى ملك اهـ ولك أن تقول كلام المصنف مبني على التشبيه فانه مشبه بهما على الاصلين في عدم قبول النقل (قوله وأقول للسالك حق الاستسعاء الى قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الاعتراف فكذلك تنفسخ بالتراضي) أقول هكذا وجد في بعض النسخ الآن قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ الخ محل بحث فتأمل فيه

وقوله (على ما قالوا) إشارة إلى أن فيه اختلافا قال بعضهم نصف قيمة القن لأن قبل التدبير كان له فيه فوج منفعة البيع وما شا كله ومنفعة الاجارة وما شا كلها وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن والاصح ما قاله في الكتاب لأن منفعة الوطاء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل الفتوى على الاول وقوله (ولا يضمه قيمة ما ملكه بالضمان) يعني أن المدبر لما أدى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته فقام ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد وله أن يضم (٣٩٤) قيمة ما كان له في الاصل وهو الثلث مدبرا فان نصيبه بعد تدبيره كان منتفعا به من الوجه

الذي ذكرنا وفسد بالاعتاق فيضمن وليس له أن يضم المعتق قيمة الثلث الذي علق على الساكت بأداء الضمان لوجهين أحدهما أنه ملك المضمون مستند والمستند ثابت من وجهه دون وجهه فلا يظهر في حق التضمين والثاني أنه لما اتقل نصيب الساكت إلى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه الثاني يدفع ما قيل على ما في الكتاب أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وهو موسر يضمن الساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان ثبت له المالك مستندا وهو ثابت من وجهه دون وجهه وذلك أن المدبر قام مقام الساكت بأداء الضمان وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل فكذلك من قام مقامه وأما المعتق فلما قام مقام الساكت بأداء

فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر أن يضم المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه أفسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته فتسا على ما قالوا ولا يضمه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لأن ملكه ثبت مستندا وهو ثابت من وجهه دون وجهه فلا يظهر في حق التضمين

الاعتاق ليس حرًا ولا مكاتبًا بل بعد العتق يصير كذلك والمستسعى عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ وإذا كان كذلك فإذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم أن لا يكون ضمان معاوضة إذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان افساد (فلهذا يضمن) الساكت (المدبر) ليس غير (ثم للمدبر أن يضم المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما أفسد عليه نصيبه مدبرا) فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته إلى موته فامتنع بعثه كل ذلك وهذا معنى افساد عليه وانما أفسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبرا لشر بكن فاعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يملكه بالضمان (قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن له ستة دنانير لأن ثلثها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة (قوله على ما قالوا) طر بقتنه في مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قيمته قنا وهو غير سديد لأن القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمال أول بعينه وبده وفات الثاني دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حرًا فبقيت قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطاء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصذر الشهيد وعليه الفتوى إلا أن الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيع هذا فائت المنفعة المذكورة كم يبلغ فإذا كرهه وقيمتها وهذا أحسن عندى وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لأن البيع والاستسعاء قد انفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمة خذ متهمدة عمرها على الحزر كما تقدم والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاهما وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حريدا وان بقيت الرقبة (قوله ولا يضمه) أى لا يضم المدبر المعتق (قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت) وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثها قنا وثلثها مدبرا (لأن ملكه فيه) أى في ثلثه قنا (ثبت مستندا) إلى وقت التدبير (وهو ثابت من وجهه) وهو بالنظر إلى حال أداء الضمان (دون وجهه) وهو بالنظر إلى الحقيقة حال التدبير (فلا يظهر في حق التضمين) بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق واستشكل بما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فإنه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا أوجب بأنه لما اتقل نصيب الساكت إليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذلك للمعتق أما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذلك ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم مقامه ولا يخفى أن هذا لا يدفع الوارد على قوله أن الملك المستند لا يفتقر سببا للتضمين إذ قد ثبت التضمين به للعبد غير أن المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه

مقام

الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق أيضا تلك الولاية

(قوله وبالوجه الثاني يدفع ما قيل إلى قوله يضمن للساكت قيمة نصيبه الخ) أقول كلامه هذا يتضمن الاعتراف بقصور الوجه المذكور في الكتاب عن افادة المدعى سالما عن الارتباب ولك أن تقول المراد أن الملك المستند لا يظهر في حق ضمان افساد لانه لما يمكن ثابتا من وجهه لم يكن الاعتاق اتلافا محضا للملكه فيغلب جانب عدم افساد والجناية على جانب الوجود بخلاف استسعاء العبد فإنه ضمان الاحتباس لا ضمان افساد على ما صر

وقوله (والولاء بين المعتق

والمدير) أي بين عصبية
المدير (أنلثا نالته للمدير
والثلث للمعتق لان العبد
عتق على ملكهما على
هذا المقدار) فان قيل لو
كان أداء الضمان بثبت ملك
نصيب الآخر كان للمعتق
ثلثا الولاء أيضا لانه أدى الى
المدير ثلث قيمته مدير أجيب
بأن ضمان المعتق الى المدير
ضمان اتلاف لا ضمان
معاوضة لما ذكرنا أن المدير
غير قابل للنقل من ملك الى
ملك فلم يملك المعتق شيئا
عقاب له ماضين وأما المدير
فقد ملك نصيب الساكت
عند أداء الضمان مستندا
الى وقت التدبير على ما مر
فصار كأنه دبر ثلثيه من
الابتداء مستندا فثبت له
ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما
أن نصيب الساكت بعد
ما انتقل الى المدير لا ينتقل
الى المعتق وقوله (لانه ضمان
تلك) أي لان ضمان التدبير
ضمان تلك لانه يملك كسبه
وخدمته فلا يختلف باليسار
والاعسار كضمان الاستيلاد
(ب) بخلاف الاعناق لانه ضمان
جناية) وهو يختلف باليسار
والاعسار

(قوله وقوله والولاء بين المعتق
والمدير أي بين عصبية المدير)
أقول فيه بحث

(١) قوله لا يبق هكذا في
النسخ وجعل الصواب حذف
النافقة فليأمل كذا ما مش نسخة العلامة البحر اوى كسبه مصححه

والولاء بين المعتق والمدير أنلثا نالته للمدير والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار
واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدير المدير وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا في ضمنه ولا
يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تلك فأشبه الاستيلاد بخلاف الاعناق لانه ضمان جناية

مقام الساكت الذي لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه أن يقال من الابتداء لا يضمنه ماضين
للساكت لانه بالضمن له قائم مقامه وليس له أن يضمن المعتق ذلك الثلث فكذلك ليس للقائم مقامه بخلاف
ثلث نفسه أعني ثلث المدير فانه لم يرقم فيه مقام أحد ويمكن أن يدفع ورود أصل السؤال بان الكلام في أن
الملك المستند لا ينتقض سببا للضمن مفسده كالمعتق المفسد باعتاقه ملك المدير في نصيب الساكت
والرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا شيئا بل تضمينه لقيامه
بالضمن للساكت مقام الساكت والساكت أن يضمنه فكذلك من صار الملك له وقام مقامه * وأعلم أنه لو لم
يعتق المعتق الا بعد أداء المدير الضمان للساكت كان للمدير تضمينه ماضينه من ثلث قيمته عبدا مع ثلثه
مدير لان الاعناق وجد بعد تلك المدير نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته كذا علوا والوجه
على هذا أن يقال في أصل التعليل ليس له أن يضمن المعتق ماضينه لانه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق
وان لم يدفع الوارد أيضا لانه ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان مستندا وبحاج الى تنبيهه بقولنا فيكون
نابتا حال الاعناق من وجهه دون وجهه ويعود السؤال يعنى أحدا الشر يمكن ويدفع عما ذكرنا من عدم
وروده هذا وأورد الطلبة على هذا أنه ينبغي أن يضمنه قيمة ثلثه مدير لانه حين ملك ثلث الساكت
بالضمان صار مدير الاقنوا ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء لانه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم
الاجمع كون الثلث الذي ملكه بالضمن للساكت صار مدير ابل هو قن على ملكه اذا لموجب لصبر ورده
مدير لان ظهور الملك الآن لا يوجب التدبير بنجزا وذ كرههم اياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج
اليه اذ يكفي فيه أنه باق على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان وانما لم يكن ولاؤه لما ذكرنا من أنه
ضمان جناية لا تلك (قوله والولاء بين المعتق والمدير أنلثا نالته للمدير والثلث للمعتق لان العبد عتق
على ملكهما على هذا المقدار) فان أحد ثلثيه كان نصيبه بالاصالة والآخر ملكه باداء الضمان للساكت
فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فانه وان كان له ثلث أعتقه وثلث أدنى ضمانه للمدير ليس له الا
ثلث الولاء لان ضمانه ليس ضمان تلك ومعاوضة بل ضمان افساد لما ذكرنا من أن المدير غير قابل
لنقل وحين أعتقه كان مدير اولا وكان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا أنلثا نالته لثله
وفي النهاية وغيره في قوله والولاء بين المعتق والمدير أي بين عصبية المدير والمعتق لانه انما يعتق بعد الموت
ونسبه لقاضيه وان هو غلط لان العتق المتجزئ يوجب اخراجه الى الحرية بتجزئ أحد الامور من التضمين
مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدير اياه من حين وجوده كالأعتق أحد الشر يمكن ابتداء
ودبره الآخر الساكت فانه لا تخرج به باقية الى موته كقدماء أول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق
متجزئ بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قلبه أو كان مكاتب الشر يمكن فدبره أحدهما تقيد في نصيبه
وبقي نصيب الآخر مكاتب من غير ضمان ولا سعاية عند أي حنيفة لان نصيب الآخر على حاله عنده
وأما ما في الزيادة مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا
ضمان عليه ولا سعاية الا بعد عجزه عند أي حنيفة لان الكتابة تجزئ عتقه وعندهما عتق كله والولاء له
لان حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيسبق الى أن يجزئ عتقه فيخير حينئذ بين تضمين المعتق اذا كان
موسرا واستسعاء العبد مختارا أو جبر ابا جارة فهو يحقق ما قلنا من أنه (١) لا يبق فيه الرق الى أن يؤدي
السعاية والله أعلم (قوله) وانما لم يكن التدبير متجزئا عندهما (الخ) يعني أن ما ذكرناه الى هنا قول أبي حنيفة
فأما على قوله ما قلنا لم تجز التدبير عندهما بصير كاه مدير الشر بكمه المدير (وقد أفسد نصيب شريكه لما
بيننا) فيضمن ثلثي قيمته لشر بكمه (ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تلك) لانه أمكن على ما ذكرنا
(فأشبه الاستيلاد) أي ما اذا استولد أحد الشر بكمه الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه

واعترض بأن قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار أردتم به مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالاعتاق والاول مردود بان من كسر جرة انسان مثلاً أو تلف ملكاً (٣٩٦) من أملا كفايته يجب عليه الضمان موسراً كان أو معسراً والثاني تحكمكم وأجيب

بأن المراد الثاني والتحكم مدفوع لثبوتيه بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس قال (وان كانت جارية بين رجلين) اذا كانت الجارية بين رجلين (زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهي موقوفة يوماً) أي ترفع عنها الخدمة يوماً (وتخدم المنكر يوماً عند أبي حنيفة رحمه الله وقالان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها) لهما أنه لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما اذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا أسلمت

موسراً كان أو معسراً (بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد) لا ضمان غمك وقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس وضمن التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالاعسار واليسار وأردافيه (والولاء كله) على قوله ما (للدبر وهو ظاهر) لان العتق كله من جهته * واعلم أنه يجب على قوله ما أن ضمان الافساد في الاعتاق لا ينافي ضمان التملك لانها حيث قالان العتق ثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى كان الولاء كله يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت اليه والافكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه وحينئذ يجب أن يقال ضمان الاعتاق وان كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس (قوله) واذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوماً) أي لا تخدم فيه أحداً (ويوما تخدم المنكر) ولومات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليه له وتسمى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجه هذا التفرع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه فإنه ان لم يتمكن من تضمينه ان كان موسراً وهو منكر ولكنه يفسد الرق فيه لأنه لا يمكن أن يفسده باعتاقه اعتبر اقراره بفساده ثم يسمى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسراً والآخر معسراً وعندهما كذلك ان كان المقر عليه معسراً فان كان موسراً سعى له ولم يسع للمقر لانه معترف بأن لاحق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لانكاره ولا يئنه وقال محمد ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقال باعتبار قول مرجوع لابي يوسف ولا ينبغي مثله أن يفعل إلا أن يقرن بالبيان فيقال في قوله الاول مثلاً والأوهم أن ينسب اليه إلا أن ماليس هو فائلا به واختلف المشايخ في أن خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وأبي يوسف الاول والصواب أن لا خدمة له عليها بل بمجرد اقرار المقر صار حق المنكر في سعيها وتخرج بها الى الحرية وفي المختلف في باب محمد أن نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفتها على المنكر ولم يذ كر خلافا في النفقة وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا اللائق بقول أبي حنيفة وينبغي على قول محمد أن لا نفقة لها عليها أصلاً لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جنياتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها أي تأخذ جنياتها ممن حتى عليها التسعين بها وعلى قول أبي حنيفة جنياتها موقوفة الى تصديق أحدهما صاحبه (قوله) لهما أنه لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كأنه استولدها فصار كأنه هو استولدها كما لو أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذي أعتق حتى لو اشتراه عتق عليه واذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فإنه لا يكون للآخر الاستخدام والمقر أيضاً امتنع عليه الاستخدام

المنكر على ملكه في الحكم محتبس عند الجارية (فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا أسلمت) فتخرج الى

قوله كما اذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع) أقول قوله قبل متعلق بقوله أقر

لانه

بأن المراد الثاني والتحكم مدفوع لثبوتيه بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس قال (وان كانت جارية بين رجلين) اذا كانت الجارية بين رجلين (زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهي موقوفة يوماً) أي ترفع عنها الخدمة يوماً (وتخدم المنكر يوماً عند أبي حنيفة رحمه الله وقالان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها) لهما أنه لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما اذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع فإنه يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا أسلمت

المنكر على ملكه في الحكم محتبس عند الجارية (فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا أسلمت) فتخرج الى

قوله كما اذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع) أقول قوله قبل متعلق بقوله أقر

لانه

العق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر (ولابي حنيفة أن المقر لوصدق) تقر برموقوف على مقدمة هي أن الخبر ينقسم الى صادق وكاذب فسمه حقيقة لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقر إما أن يكون صادقاً في اقراره أو كاذباً فان كان الاول (كانت الخدمة كلها للنكر) وان كان الثاني (كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للنسب الشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك) أما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف (٣٩٧) ونشر على ماترى وقوله (والاقرار

بأمومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب) جواب عن قولهما كأنه استولدها يعني أنه لما أقر بأمومية الولد والاقرار بها يتضمن الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا أقر بنسب صغير لرجل فكذبه المقر له ثم أقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد بالرد (فلا يمكن أن يجعل المقر كالستولد وان كانت أم ولديهما) بأن ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعيا (فأعنتها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالايضمن نصف قيمتها لان ماليتها أم الولد غير متقومة عنده) خلافا لهما وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى منها أنه اذا مات أحدهما حتى عقت لم تنسح للآخر عنده وعندهما تنسح ومنها أنها اذا ولدت فادعاهما ثبت نسبه منه ولا شيء عليه

ولابي حنيفة رحمه الله أن المقر لوصدق كانت الخدمة كلها للنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للنسب الشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بأمومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالستولد (وان كانت أم ولديهما فأعنتها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالايضمن نصف قيمتها) لان ماليتها أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبني عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى

لانه يدعى الملك على المنكر واذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال أن نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعاء ما احتباس ماله بها ومنافعها عندها ولا وجه الى تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لأحد عليهما فان المنكر أخذ حصته والمقر ببرئته منه ويدعي أن حقه في تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد فصارت كأم ولدا النصراني اذا أسلمت لما امتنع باسلامها مقاصد الملك عليه ولم يمكن اخراجها عن ملكه مجازا للاضرار به وجب أن نعتق بالسعاية (قوله ولابي حنيفة) وعلمت أن أبا يوسف معه (أن استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت يقين) لان المقر إما صادق فيكون جميع خدمته لانه أم ولده وهو مستحق خدمتها أو كاذب فله نصفها والاخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن وأما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لانه يبرئهما عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لوف ونشر مرتب وقولهما انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع لان الاقرار بأمومية الولد اقرار بالنسب (وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالستولد) بنفسه حكما نعم بوجوب ذلك أن يؤخذ باقراره فيمنع استخدام واستسعاؤه وقد قلنا بذلك ولا يسرى قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعنتى العبد عليه واشترائه من هذا لاقراره على نفسه لامن الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدله به عليه (قوله وان كانت أم ولديهما) بأن ادعى كل منهما أم ولده (فأعنتها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للاخر عند أبي حنيفة وقالايضمن نصف قيمتها) وان كان معسر اسعت لساكت فيه وأصل الخلاف في تقوم أم الولد فعنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة (وعلى هذا الاصل تبني عدة من المسائل) ذكرها المصنف في كفاية المنتهى احداها هذا والثانية أم الولد اذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاهما ثبت نسبهما منه وعنتى ولايضمن من قيمته شيأ لشريكه عنده وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني اذا بلغ حدا يستسعى فيه مثله ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين اذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده في نصف قيمتها وتسعى عندهما ومنها لو غصب أم الولد غاصب فماتت في يده لا يضمن عنده ويضمن عندهما وذكري الرقيات يضمن عنده بالغصب كما يضمن به الصبي الحر حتى لو وضعها في مسبعة فاقترب سمها سبع

لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف قيمته لشريكه ان كان موسرا ويستسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها أنه اذا غصب أم ولدها لم يضمن شيأ عنده خلافا لهما

(قوله والاقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد) أقول فان قبل الاعتاق أيضا لا يرتد قلنا نعم والانقلاب فيه أيضا غير مسلم بل المقر مؤخذ باقراره فليتامل (قال المصنف فلا يمكن أن يجعل المقر كالستولد) أقول لا يقال التشبيه من بعض الوجوه كاستناع البيع لانه لا يفرع عليه حينئذ فوله فيمنع الخدمة (قوله منها أنه اذا مات أحدهما الخ) أقول سيحى في آخر الباب أن بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقومها بقباله ففي تفرع هذه المسئلة على التقوم كلام

(وجه قولهما) في تقوم أم الولد (أنها) (٣٩٨) منفع بها وطأ واجارة واستخداما؟ بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل

وجه قولهما ما أنهما منفع بها وطأ واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط
تقومها كافي المدر ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير أن قيمتها ثلث
قيمتها فانه على ما قالوا الفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدر لان الفات منفعة البيع
أما السعاية والاستخدام باقيان ولا في حنفية رحمه الله أن التقوم بالأحرار وهي محرزة للنسب لا للتقوم
والأحرار للتقوم تابع ولهذا لا تسمى لغريم ولا وراث بخلاف المدر

يضمن عنده كما يضمن الصبي الحر بذلك لانه ضمان جنابة لا ضمان غصب كالمقتلها حيث يضمن بالاتفاق
ومنهم من يبيعها وسلمها فانت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها أنه حبلي يبعث فولدت
لاقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الأم عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه أن يرتد جميع
الثمن عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن (قوله وجه قولهما) وهو قول الجمهور (أنهما منفع بها
وطأ واجارة واستخداما) وكذلك كسبها ولو قال كل مملوك لى حرعتت وهذا هو دلالة التقوم والفات
ليس إلا مكنة البيع وهو لا يني التقوم كافي المدر والآبى وامتناع سعايتها لغرماء المولى أو ورثته اذالم
يكن له مال سواها مثلا لانها مصرية فادعى حاجتها دفع حاجته كي لا يضيع نسبه وماؤه وهذا مانع يخصها
لا يوجد في المدر فلذا اقرت في السعاية وعدمها (وهذا) أى الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه (دلالة
التقوم) لان هذه الأفعال لا تكون إلا بملك المين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا
الاثبات حق الحرية ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت سعت له
وهذا آية التقوم في أم الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وأم ولد النصراني فاذا ثبت التقوم
في احدهما ثبت في الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت أمه أم ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا
وحاصله دليلان الاول قياس على المدر والثاني اجماع مركب وأيضا ثبت ما ليتها فلا يخرج عنها الا
بمقتض وحق الحرية الطارئ بالاستيلاء ليس مقتضيا لذلك لثبوت مع انتفاء ذلك في المدر فان فيه حق
الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتها فيه (قوله غير أن قيمتها ثلث قيمتها فانه على ما قالوا الفوات)
منفعتين (منفعة البيع والسعاية بعد الموت) والباقي منفعة من ثلث خصتها ثلث القيمة (بخلاف
المدر فان الفات منفعة البيع) فقط لانه يسعي بعد الموت اذالم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين
ويستخدم فكانت قيمته ثلث قيمته فانا وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف وقد بيناه في الكلام على قيمة المدر
في مسألة عبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وأعتقه الآخر وسكت الآخر (قوله ولا في حنفية) الحاصل
أن ما ذكر من اللوازم انما هي لوازم الملك بعضها أعم منه ثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والاجارة
فان الوطء ثبت ولا ملك في المنكوحه والاستخدام والاجارة تثبت بالاجارة واللازم الخاص هو ملك
الكسب ولا كلام في ملك الرقبة انما الكلام في التقوم والمالية والتقوم ثبت بالأحرار على قصد التمول
حتى لا يكون العبد قبل الأحرار ما لا يتقوما بالملك وان ثبت معه والآدمي وان صار ما لا يتقوما بعد
ان لم يكن في الاصل ما لا لانه خلق لان يكون مال الكمال ولكن ذلك اذا أحرز التمول وأم الولد اذا أحرزها
واستولدها كان أحرارها للنسب لا للتمول وان كان أول غلبتها كان للتمول لكن عندما استولدها
تحول صفتها عن المالية الى ملائ مجرد عنها فصارت محرزة لما ذكرناه وهذه المقدمة تقبل المنع أعنى
انتفاء صفة المالية والتقوم بالأحرار للنسب بأن يقال لا نسلم الملازمة بين الأحرار للنسب وانتفاء التقوم
وجوابه أنه وان لم ينافه لكنه تابع فصار الأحرار في حق التقوم كالمعتق ويدل على ذلك ثبوت
لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها لغريم أو وراث وان لم يخرج من الثلث وألا مال له سواها وعليه
ديون فان ما كان ما لا يتقوما في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور كما دبر لم يخرج
من الثلث أو خرج والتركة مستغرقة تتعلق به فقطهر أنه يعتبر حالة الحساب ما لا غير أنه موصى به واذا لم يمكن
اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسمي في قيمته فقطهر الفرق بين المدر المقيس عليه وأم الولد وحيث

الوطء لا يكون إلا بملك المين
عند عدم النكاح (ألا
ترى أن أم ولد النصراني
إذا أسلمت عليها السعاية)
ولو لا تقومها لم يكن كذلك
فان عورض بأن بيعها يمنع
وذلك دليل على عدم التقوم
أجاب بقوله وبامتناع بيعها
لا يسقط تقومها كافي المدر
وقوله (غير أن قيمتها) بيان
لمقدار القيمة وهو واضح
(ولا في حنفية أن التقوم
بالأحرار) التمول والأحرار
للتمول في أم الولد لانها محرزة
لننسب لا للتمول وقوله (لا
للتقوم) معناه للتمول وكذلك
في قوله (والأحرار للتقوم
تابع) أى ليس بمقصود لانه
اذا حصلها واستولدها ظهر
أن أحرارها لا يستمتع بملك
المنفعة لا لقصد التمول وقوله
(ولهذا لا تسمى لغريم) جاز
أن يكون بيانا وتوضيحا لقوله
والأحرار للتقوم تابع يعنى
أنه لو كان مقصود السعت
لغريم أو وراث لتعلق حق
الغرماء به بعدمونه لكن
اللازم باطل فكذلك اللازم
وجاز أن يكون بيانا لقوله
وهي محرزة للنسب لا للتقوم
وقوله (بخلاف المدر) جواب
عن قولهما كافي المدر يعنى

(قال المصنف وهذا هو
دلالة التقوم) أقول فيه
بحث لان أباحنفية يقول
بل هذا هو دلالة الملك وهو
غير التقوم ثم اعلم أن في
تقوم أم الولد وابن عن أبي حنيفة كما سيجي في كتابه العبد المشترك من العناية وغيرها

بخلاف المدبر فإنه ليس بمحرز للنسب وهذا يتعلق به حق الغرماء وقوله (وهذا) إشارة إلى الفرق بين أم الولد وبين المدبر وبياته (أن السبب فيها) أي في أم الولد (متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة) وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والنقوم جميعاً (الأنه لم يظهر علمه في حق) زوال (الملك ضرورة الانتفاع) كما لم يظهر في زوال (٣٩٩) ملك النكاح لذلك ولا ضرورة في اسقاط

التقوم فعمل فيه السبب وأما في المدبر فإن السبب ينعقد بعد الموت لأن قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد

سبباً عندنا قبل وجوده على ما عرف وقوله (وامتناع البيع فيه) جواب عن قوله (وامتناع بيعها) لا يسقط تقويمها وتقريره كان القياس أن لا يمتنع بيع المدبر إلا أنه امتنع تحقيقاً لمقصوده أدل جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعدموته وقوله (وفي أم ولد النصراني) جواب عما فاسأله عليه وقوله (فصينا بتكاتها) عليه ليس المراد به حقيقة التكاثر ولكن لما حكنا بانها تخرج عن ملكه بإدائه القيمة كانت في معنى المكتوبة وانما فعلناها كذا (دفعاً للضرر عن الجانبين) أما في حق أم الولد فلتسلا يبقى تحت يد نصراني وهي مسلمة وأما في حق النصراني فلتسلا يبطل ملكه مجازاً فلما كانت هي في معنى المكتوبة كان ما أدته في معنى بدل الكتابة

وبدل الكتابة لا يقتضيه وجوبه إلى تقويم ما يقابل له لأنه في الأصل مقابل بقاء الحجر

وهذا لأن السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الأنه لم يظهر علمه في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقويم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي أم ولد النصراني قضينا بتكاتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبذل الكتابة لا يقتضيه وجوبه إلى التقويم

ثبت التقويم في المدبر ورده عليه لو كان متقوماً جاز بيعه فأجاب عنه بأن عدم جواز بيعه لتحقيق مقصود المدبر من نيته ثواب عتقه بعدموته والجواب عن الزام التقويم بأم ولد النصراني بمنع تقويمها والزام السعي بها فيها ليس لذنب بل للضرورة إذ لا يمكن بقاؤها مسلمة علموك له ولا إخراجها عن ملكه مجازاً وهو ملك صحيح فأزيلت مكانة عليه على قيمتها ونقول لا يفتقر بدل الكتابة إلى التقويم لأنه في أصله عقاب له ما ليس بمقوم وهو فك الحجر ولو سلم فالأمر للضرورة لا يقياس عليها ما ليس في محلها من تلك الضرورة أو نقول هو ينعقد المالية فيها جواز بيعها والحكم المذموم عليهم يمتنع على اعتقادهم كافي مالية الحجر أو أن ملكه لما احتبس عند هالمعنى من جهتها كان مضموناً عليها وإن لم يكن متقوماً كالمقصود إذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القائل بعقوا الآخر يلزمه بدله وبهذا أتم الوجه لا يبي حنيفة وأما قوله في الكتاب (وهذا لأن السبب فيها) أي في أم الولد (متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد) فغير متوقف عليه الإثبات إذ قد ثبت شرعاً بما ذكرنا عدم تقويمها وانما هو بيان حكمة شرعية عدم تقويمها يعني أن حكمة اسقاط الشرع تقويمها بثبوت الجزئية بينها وبين مولاهما الحر إلى آخر ما ذكر في المصاهرة كما أشار إليه عمر حيث قال كيف يتبعوهن وقد اختلفت لحومهن بالجوكم ودماءهن بدمائكم فثبتت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم وكان مقتضاه أن تجزأ حرثها لئلا ينعقد الإجماع على عدمه فبقى فيما سواه وهو عدم التقويم لعدم الإجماع عليه وكذلك على عدم التقويم قوله عليه السلام أعتقها ولها ما به ذا الطريق وهو أنه يدل على تجزأ العتق لكن الإجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية فبقى فيما سوى حقيقة العتق مع مولاه ومنه سقوط التقويم فان قيل فالتدبير أيضاً كذلك أي سبب في الحال للعق لئلا ذكر في باب فيجب أن ينفي تقويم المدبر على وزان انتفائه بسبب أمومية الولد فالجواب أن ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات للضرورة هي أن تأخيرها كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لأن ما بعد الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه إليه فيقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقويم بل يبقى في حق سقوط التقويم على الأصل يعني فتتأخر سببته لسقوط التقويم إلى ما بعد الموت وعلى هذا يحمل قول المصنف وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه الزام التناقض وذلك أن كلامه في سقوط التقويم لأم الولد لخاصة كلامه أن سبب سقوط التقويم في أم الولد ثابت في الحال وسبب سقوطه في المدبر متأخر إلى ما بعد الموت كما بينا

باب عتق أحد العبدین

هذا أيضاً من عتق البعض غير أن الأول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد فنزل الأول من

وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان تكاتها لم يقتض تقويم أم ولد النصراني فأمر دما قلنا والله أعلم

باب عتق أحد العبدین

لمأخر من بيان عتق بعض العبدین عتق أحد العبدین وقدم الأول لأن الواحد قبل الاثنين

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كاحر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحد كاحر ثم اتصف بمن كونه خارجا وداخلا وابتا (٤٠٠) يؤمر المولى بالبيان مادام حيالته هو المجهول فيرجع في البيان اليه ويعتق الذي عينه

باب عتق أحد العبدین

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كاحر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحد كاحر ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعبد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله كذلك الا في العبد الا آخر فانه يعتق ربعه)

هذا منزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول في عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد (قوله ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كاحر ثم خرج واحد منهم ما ودخل آخر) وهو الباقي من الاعبد الثلاثة (فقال) المولى (أحد كاحر) فالمسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يبين العتق قبل الموت والثاني أن يموت المولى قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب والثالث أن يموت العبد قبل البيان وحكم هذا القول اذا وقع منه أن يؤمر المولى بالبيان وللعبد مخاصمته في ذلك فاذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج بالكلام الاول عتق وبطل الكلام الثاني لانه حينئذ جع بين حر وعبد وقال أحد كاحر انشاء في المبهمة الدائريينهما ولا يمكن ذلك الا اذا كان كل منهما محلا لحكمه والحر ليس كذلك فبطل انشاءه وصار خبرا بأن أحدهما حر وهو الثابت (١) فلا يفيد في الخارج عتقا فان قيل البيان له حكم الانشاء لانه في المعين والعتق المبهمة لا ينزل في المعين فصار بيانه في الثابت كأنه انشاء لان العتق فيه بعد ما عتق الاحد الدائريين وبين الخارج بالكلام الثاني ولو تجزعت الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان أجيب بأن البيان انشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث ان وقوع العتق الاول في المعين به لا يكون بالعتق الاول فقط لانه عتق مبهمة وهو غير المعين يكون انشاء ومن حيث ان المولى يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان ولا يجبر على انشاء العتق يكون اظهرا فعلى تقدير الانشاء يعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك وان بين بالكلام الاول عتق الخارج فلا إشكال ويؤمر ببيان الكلام الثاني ويعمل بيانه وان بدأ ببيان الكلام الثاني فقال عتيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الاول فلهما بينه من الخارج والاثبات عمل به وان قال عتيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل لان حال وجوده كانا رقيقين وان لم يبين المولى شيئا حتى مات أحد العبد فالموت بيان أيضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول والخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل أمر ببيان الاول فان عني به الخارج عتق الثابت أيضا بالايجاب الثاني وان عني به الثابت بطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان فهي مسئلة الكتاب وانفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلاثة أرباع الثابت واختلف في الداخل ومذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يعتق نصفه أيضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الأرباع مع قوله ما بعد تمجزي الاعتاق والجواب أن قولهما بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم أما اذا كان الحال انما هو الحكم بثبوت بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة والحاصل أن عدم التجزي عند الامكان والانقسام هنا ضروري وردة بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لان الواقع ان كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يقرى الرق بل يسعي في باقيه حتى يخلص كله فامكن أن نقول يعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى في ذلك القدر فيعتد

فان بين الكلام الاول في الخارج عتق الخارج ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق من عينه وان بين الكلام الاول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه صار خبرا فلا يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال أحد كاحر لا يعتق العبد وان بدأ ببيان الكلام الثاني وقال عتيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول وان قال عتيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني وتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج أيضا وان مات ولم يبين عتق من الذي أعبد عليه القول يعني الثابت أعبد عليه قوله أحد كاحر (ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين) يعني الخارج والداخل (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد كذلك) يعني يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه (الا في العبد الآخر) وهو الداخل (فانه يعتق ربعه) باعتبار الاحوال والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث

الحاصل

باب عتق أحد العبدین

(قوله ثلاثة أرباعه) أقول فاعل عتق

(١) قوله فلا يفيد في الخارج هكذا في النسخ ولعل الظاهر فلا يفيد في الداخل تأمل اه من هامش نسخة العلامة الجعراوى

أما الخارج فلان الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة
بينهما الاستواء ما فيصيب كلا منهما النصف غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني وبما أخر لان الثاني
دائر بينه وبين الداخل وهو الذي سماه في الكتاب آخر فيتنصف بينهما غير أن الثابت استحق نصف الحرية
بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالتالي في نصفيه فما أصاب المستحق بالأول لغاوما أصاب
الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الأرباع ولأنه لو أريد هو بالتالي يعتق نصفه ولو أريد به الداخل
لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالتالي والنصف بالأول وأما الداخل فمعدرجه
الله يقول لمادار الإيجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل
وهما بقولان أنه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل إلى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف
بالإيجاب الأول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

الحاصل على قولهما وقول أبي حنيفة غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده وعندهما يسعون وهم أحرار إذ
الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد مجازا لا أن يعتق بعض فقط ثم تأخر عتق الباقي
إلى أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما ورد على ذلك الطالب بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء
ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى أحد كإخراج عتاق الاثنين وهو باطل بل أحد كما لا يؤدي
معنى كلا كما وقد يدفع عنه هذا بمنع كون الموجب ذلك بل موجب عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من
كل منهما للضرورة التي اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه في الكل
فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقع عتق النصف مشاعا وموجب التوزيع كوقوعه موجب القول
أعتقت نصفك فكيف يقع اعتناق النصف اعتناق الكل إذا وقع عن موجب كذا يقع هنا والحاصل أنه
لا موجب أصلا لخروجهما عن أصلهما وموافقة أبي يوسف بأخينة في عتق نصف الداخل لا موجب
موافقته في التجزى ووجه الاتفاقية ما ذكره المصنف بقوله (أما الخارج فلان الإيجاب الأول دائر بينه
وبين الثابت وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما الاستواء ما فيصيب كلا منهما النصف)
اذلا مرجح (غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعا آخر لأنه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما)
لكن نصف الثابت شاع في نصفيه فما أصاب منه المعتق بالأول لغاوما أصاب الفارغ من العتق عتق
فيسلم له الربع مضافا إلى عتق النصف بالأول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (ولأنه لو أريد الثابت بالتالي يعتق
نصفه) الباقي ولو أريد الداخل لا يعتق منه شيء فعتق نصفه في حال ولم يعتق منه شيء في حال فيقسم النصف
له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالأول فيكمل له عتق ثلاثة الأرباع وجه المذكور لمجد في الداخل
أن الإيجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل (قوله
وهما بقولان) حاصله أن أصابة الربع عندهما ليس قضية للكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه
في كاه ونصفه شائع معتق فما أصاب منه هذا النصف لغاوما أصاب الفارغ عتق فلغاريه وهذا المعنى
منتفى في النصف الذي أصاب الداخل وقد علمت أنفا أن محمد الموافق على هذا التوجيه وتقدم له
أيضا أن الإيجاب الثاني صحيح في حاله وهي أن يريد بالكلام الأول الخارج غير صحيح في حالة أخرى وهي أن
يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما النصف نصفه وعلى تقدير عدم صحته
لا يثبت به شيء أصلا فان نصف الثابت به فأصاب كل ربعه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن
الداخل ربعه واذ عرفت هذا ظهر أن المذكور في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلاثة
أرباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف أصلا بل أصابه الربع ابتداء
بما ذكر من الوجهين * واعلم أن قولهم يريد بالخارج بالكلام الأول معناه يحتمل أن يبين الميت العتق فيه
لويثته قبل موته والافالعتق الميهم لم يرد به المعين حال صدوره بل الميهم ثم بالتعيين ينزل ذلك الميهم فيه

أما الخارج فلان الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة
بينهما الاستواء ما فيصيب كلا منهما النصف غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني وبما أخر لان الثاني
دائر بينه وبين الداخل وهو الذي سماه في الكتاب آخر فيتنصف بينهما غير أن الثابت استحق نصف الحرية
بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالتالي في نصفيه فما أصاب المستحق بالأول لغاوما أصاب
الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الأرباع ولأنه لو أريد هو بالتالي يعتق نصفه ولو أريد به الداخل
لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالتالي والنصف بالأول وأما الداخل فمعدرجه
الله يقول لمادار الإيجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل
وهما بقولان أنه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل إلى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف
بالإيجاب الأول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

الحاصل على قولهما وقول أبي حنيفة غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده وعندهما يسعون وهم أحرار إذ
الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد مجازا لا أن يعتق بعض فقط ثم تأخر عتق الباقي
إلى أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما ورد على ذلك الطالب بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء
ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى أحد كإخراج عتاق الاثنين وهو باطل بل أحد كما لا يؤدي
معنى كلا كما وقد يدفع عنه هذا بمنع كون الموجب ذلك بل موجب عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من
كل منهما للضرورة التي اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه في الكل
فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقع عتق النصف مشاعا وموجب التوزيع كوقوعه موجب القول
أعتقت نصفك فكيف يقع اعتناق النصف اعتناق الكل إذا وقع عن موجب كذا يقع هنا والحاصل أنه
لا موجب أصلا لخروجهما عن أصلهما وموافقة أبي يوسف بأخينة في عتق نصف الداخل لا موجب
موافقته في التجزى ووجه الاتفاقية ما ذكره المصنف بقوله (أما الخارج فلان الإيجاب الأول دائر بينه
وبين الثابت وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما الاستواء ما فيصيب كلا منهما النصف)
اذلا مرجح (غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعا آخر لأنه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما)
لكن نصف الثابت شاع في نصفيه فما أصاب منه المعتق بالأول لغاوما أصاب الفارغ من العتق عتق
فيسلم له الربع مضافا إلى عتق النصف بالأول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (ولأنه لو أريد الثابت بالتالي يعتق
نصفه) الباقي ولو أريد الداخل لا يعتق منه شيء فعتق نصفه في حال ولم يعتق منه شيء في حال فيقسم النصف
له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالأول فيكمل له عتق ثلاثة الأرباع وجه المذكور لمجد في الداخل
أن الإيجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل (قوله
وهما بقولان) حاصله أن أصابة الربع عندهما ليس قضية للكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه
في كاه ونصفه شائع معتق فما أصاب منه هذا النصف لغاوما أصاب الفارغ عتق فلغاريه وهذا المعنى
منتفى في النصف الذي أصاب الداخل وقد علمت أنفا أن محمد الموافق على هذا التوجيه وتقدم له
أيضا أن الإيجاب الثاني صحيح في حاله وهي أن يريد بالكلام الأول الخارج غير صحيح في حالة أخرى وهي أن
يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما النصف نصفه وعلى تقدير عدم صحته
لا يثبت به شيء أصلا فان نصف الثابت به فأصاب كل ربعه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن
الداخل ربعه واذ عرفت هذا ظهر أن المذكور في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلاثة
أرباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف أصلا بل أصابه الربع ابتداء
بما ذكر من الوجهين * واعلم أن قولهم يريد بالخارج بالكلام الأول معناه يحتمل أن يبين الميت العتق فيه
لويثته قبل موته والافالعتق الميهم لم يرد به المعين حال صدوره بل الميهم ثم بالتعيين ينزل ذلك الميهم فيه

قال (فان كان القول منه في المرض قسم الثالث على هذا)

والشافعي في أصل المسئلة قولان في قول يقرع بينهم وفي الاصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان وعند
أحمد يقرع بينهم وكذا اذا قال لعبدية أحد كما يقرع بينهم ما في خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه
الأن يقول كنت نوبته عند التلظظ لنا في تأصيل اعتبار الاحوال ما روى أنه عليه السلام بعث سرية
الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقتل النبي
صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا لاعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون اسلاما
فيجب كمال العقل وجاز كونه تعظيما للتأهيرين عليهم تقيّة من القتل كما يفعلونه فكان موجب الكمال في
اعتبار غير موجب في اعتبار فقضى بالنصف ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين أن رجلا
أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا
ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه الجماعة الا البخاري وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه
لانقطاعه باطنا وقد علمت أن ما صح سند جاز أن يضعف بعلة قاذحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة
المشهور وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه قالوا هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر فانه من جنسه
لان حاصله تعلق الملك أو الاستحقاق بالخطر والقرعة من هذا القبيل لانها واجب استحقاق العتق ان ظهر
كذا لان ظهر كذا وأما قضاء العادة بخلافه فانها قاضية بنبي أن واحدا يملك ستة أعبدا ولا يملك غيرهم من
درهم ولا نوب ولا نحاس ولا دابة ولا قح ولا دار يسكنها ولا شيء قليل ولا كثير وما قيل من أنه قد يتفق
للعرب ذلك لباخذوا غلثهم أو يكون وقع له ذلك في غنمة ان كان مع الفرض الذي فرضناه من عدم شيء
قليل أو كثير من كل نوع فهو أيضا مما تنقض العادة بنفيه لانه أنذر نادر فكان مستحيلا في العادة والعرف
فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا في المنفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها
مع اتحاد المجلس أنه يحكم بغلظه وصار هذا من جنس خبر الواحد فيما تم به البلوى وأما ما قيل أنها
واقعة حال فلا تم فليس بشيء لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح وإذا كان طريقا صحيحا جاز
ارتكابه وتقرر الحكم به والاقتله يلزم فيما استدلتتم به لاعتبار الاحوال من قصة الخثعميين بالافرق وكذا
نحوه من أوجه ضعيفة وحقيقة الوجه ليس الادالة العادة والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلظه من
بعض رواه عن عمران ولذلك أجمع على عدم الاقراع عند تعارض البيتين للعمل بأحدهما وعلى عدمها
أيضا عند تعارض الخبرين ونحن لا ننتفي شرعية القرعة في الجلب بل شبهنا شرع التطيب القلوب ودفع
الاحقاد والضغائن كما فعل عليه الصلاة والسلام للسفر بنسائه فانه لما كان سفره بكل من شاء منهم جائزا الا
أنه ربما يتسارع الضغائن الى من يخصها من بينهم فكان الاقراع لتطيب قلوبهم وكذا اقراع القاضي
في الانصاء المستحقة البداية بتخليف أحد المتخالفين انما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل أنها
انما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيما الماذكرنا من المعنى ومنه استهم زكريا عليه السلام معهم على
كفالة مريم عليها السلام كان لذلك والافه وكان أحق بكفالتها لان خالتها كانت تحته واثقه أعلم فأما ان
يتعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فأولى منه ظاهر التوزيع لان القرعة قد تؤدي الى حرمان
المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم يقع في كل منهم منه شيء فإذا أجمع الكل في واحد فقد حرم
الآخر بعض حقه بخلاف ما اذا وزع فانه ينال كلا شيء وأما اذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم في العشرة
المالكين لعشر جوار اذا أعتق أحدهم جاريته ثم لم تدر و صار ملك العشرة لواحد حيث يعتق من كل
عشرها وتسعى في تسعة أعشارها فبقية أصابة المستحق بعض حقه يقينا ومع القرعة جاز أن يفوتها كل
حقها (قوله فان كان هذا القول منه في المرض قسم الثالث على هذا) لان العتق في المرض وصية ومحل
نفاد الوصية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز

هذا اذا كان في الصحة
(فان كان القول منه في
المرض) فان كانوا يخرجون
من الثلث فالجواب كذلك
وان لم يخرجوا كان الثلث
وهو عتق رقبة يقسم بينهم
على قدر سهام وصاياهم لان
العتق حينئذ وصية والوصية
تنفذ من الثلث فيضرب
كل بقدر وصيته

فيجعل أولا كل رقبه على أربعة أسهم (لحاجتنا الى ثلاثة الارباع) فالخارج يضرب بنصف الرقبه وهو سهمان فكذا الداخل ويضرب
 الثابت بثلاثة الارباع وهي ثلاثة أسهم فجمع سهم الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع أحد وعشرين وثلاثة أسهم فجمع
 لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسمى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسمى في الاربعه وأما على قول محمد
 فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهم فكانت سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية
 عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسمى في أربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسمى في ثلاثة والداخل يعتق منه سهم ويسمى في خمسة
 فكان نصيب السعيه وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة (٤٠٣) فان قيل ينبغي أن يعتقوا ولا

سعيه عليهم أصلا أجازت
 الورثة أولم يجزوا عندهما
 لان الاعتاق لا يجزأ أوجب
 بان الاعتاق عندهما لا يجزأ
 اذا صادف محلا معلوما
 اذا كان بطريق التوزيع
 والاقسام باعتبار الاحوال
 فلا لان ثبوته حينئذ بطريق
 الضرورة وما كان كذلك
 لا يتعدى موضعها (قوله
 ولو كان هذا) أي ولو كان
 هذا الكلام (في الطلاق
 وعن غير مدخولات ومات
 الزوج قبل البيان سقط من
 مهر الخارج ربه ومن
 مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن
 مهر الداخل ثمنه) وهي مسألة
 الزيادات يحجج بها محمد
 عليها حيث اختلف فيها
 نصيب الداخل والخارج
 وصورة المسئلة واحدة
 والتمن في الصداق بمنزلة
 الربع من العتاق لان المستحق
 بالطلاق سقوطا على
 النصف من المستحق بالعتق
 نبونا في الإيجاب الثاني
 (قوله فان قيل ينبغي أن

وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لا ينجعل كل رقبه على أربعة لحاجتنا الى
 ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ
 سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف
 ذلك فيجعل كل رقبه على سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسمى في أربعة
 ويعتق من الباقيين من كل منهما سهمان ويسمى في خمسة فاذا تأملت وجدت استقام الثلث والثلثان
 وعند محمد ربه الله يجعل كل رقبه على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم
 وصار جميع المال ثمانية عشر وباقى التخرج ماض (ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات
 الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارج ربه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخل ثمنه)
 الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبه بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل رقبه بدينه قال المصنف
 (وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما
 على قول محمد فستة وذلك لا ينجعل كل رقبه على أربعة) وانما ينجعل كل رقبه على أربعة (لحاجتنا الى ثلاثة
 أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه) من أربعة (ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ
 سهام العتق سبعة) خارجة من الثلث فلا بد من كون سهمان الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهما
 سهامهم فيبلغ كل المال أحد وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة أسهم وهو
 ثلث المال بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسمى في أربعة ومن الآخرين الداخل
 والخارج من كل منهما سهمان ويسمى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت الى ثلاثة أسباعه وذلك أقل من
 نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلث سبع وأما قول محمد فانما
 يضرب الداخل بسهم ويسمى في خمسة فصار ربه سدسا وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة
 ضعفها البتة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسمى في
 ثلاثة فكان المعتق من مستحق ثلاثة الارباع على قوله نصفه وعلى قولهما يعتق منه نصفه النصف
 سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسمى في أربعة وعلى قولهما يعتق ثلثه الثلث سبع ومن
 الداخل سهم واحد وهو سدسه وعلى قولهما يعتق سبعة ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف (قوله
 ولو كان هذا في الطلاق) يعني قال لزوجتين له احدا كما طالق فخرجت احدهما ودخلت زوجة له
 ثالثة فقال احدا كما طالق (وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارج ربه)
 ووجب لها ثلاثة أرباعه (ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه) ووجب لها خمسة أثمانه (ومن مهر الداخل ثمنه)
 ووجب لها سبعة أثمانه فالزهمه المحمد ربه الله المناقضة فان سقط ربع مهر الخارج لوقوع

يعتقوا ولا سعيه عليهم أصلا (الخ) أقول قوله ولا سعيه عليهم منظور فيه وقوله لان الاعتاق لا يجزأ لا يفيد فان كل واحد منهما يكون
 عندهما حينئذ حراما دون ما يسمى في دينه فليأمل فانه يمكن أن يجاب أن المراد هو السعيه للخلاص من الرقبه ألا يرى الى وجه الفرق عند
 أبي يوسف حيث جعل كلاما من العبدین محلا للعتق والى قولهم بالعتق في الطلاق مع أنه أبعد عنه من العتاق لانه لا يكون محلا للاحتداد فيه
 (قوله أوجب بأن الاعتاق الخ) أقول ورد هذا الجواب في فتح القدر فراجع ان شئت (قوله لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة الخ)
 أقول الشيء اذا ثبت ولو بالضرورة ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم الاعتاق عندهما أن يسرى ولا يجزأ يظهر ذلك بملاحظة ما ذكره
 في تعليل عدم تجزئ الاعتاق

(ف قيل هذا قول محمد) فلا يكون حجة عليهم إلا أن عندهما يسقط ربه (وقيل هو قولهما أيضا) فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق و الفرق بان
 الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لأنه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق إلى أي شيء شاء من الثابت والخارج فإدام له حق البيان
 كان كل واحد من العبدین حرًا من وجهه عبدًا من وجهه فإذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحًا من كل وجه لأنه دائر بين
 المكاتب والعبد إلا أنه أصاب الثابت منه الربع والدخل النصف لما قلنا فاما الثابتة في الطلاق فتردّده بين أن تكون منكوبة وبين أن
 تكون أجنبية لأن الخارجة إذا كانت مرادة بالايحباب الأول كانت الثابتة منكوبة فصحح الايحباب الثاني وإن كانت الثابتة هي المرادة
 بالايحباب الأول كانت أجنبية فيلغو الايحباب الثاني فجعلت أجنبية من وجه دون وجه فصحح الايحباب الثاني من وجه دون وجه فسقط
 نصف النصف وهو الربع موزعين مهر الدخلة والثابتة فيصيب كل واحد منهما ما لثمن وأما التفريعات فمما زاد كرفا في أول البحث إذا
 كان المولى والعبد أحياء ومنها إذا كان المولى حيًا ومات أحد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والدخل أما الخارج فلا ن الكلام
 الأول أو جب عتق رقبته بينهما وبين الثابت (ع . ع) فبطلت بموته من اجتهاد وكذلك الكلام الثاني أو جب عتق رقبته بين الثابت والدخل

وبطلت من اجتهاد الثابت
 هذا عندهما وأما عند محمد
 فانما يعتق الخارج لما قلنا
 وأما الدخلة فلان الثابت
 لماتين للرب بموته ظهر أن
 الكلام الثاني صحيح بكل
 حال فصار قوله كقولهما
 وإن مات الدخلة قبل المولى
 أوقع العتق على أيهما شئت
 من الخارج والثابت فإن
 أوقعه على الخارج عتق
 الثابت أيضا لأنه ظهر أنه
 كان عبدا عند الايحباب الثاني
 وبطل من اجتهاد الدخلة بموته
 وإن أوقعه على الثابت لم يعتق
 الخارج بلا شبهة وكذلك الدخلة
 لأن المضموم اليه حر قال
 الامام خراساني في شرح
 الزيادات هذا عند محمد فاما
 عندهما فيجب أن يعتق
 الخارج والثابت لأن الكلام
 الثاني صحيح تعيين له الثابت

قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربه وقيل هو قولهما أيضا وقد ذكرنا الفرق
 وتعام تفريعاتها في الزيادات

طلاق بينهما وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من مهر يملكها أحداهما أولى بسقوطه من الأخرى
 فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها والكلام الثاني موجب في حال هي أن تراد
 الخارجة دون حال وهي أن تراد الثابتة لأنه يصير جامعين أجنبية ومنكوبة لأنه لا عادة لأنه قبل
 الدخول فيتنصف ويثبت به سقوط الربع موزعًا فيسقط عن مهر الدخلة ومثله من مهر الثابتة فيضم إلى
 ما سقط مع الأولى فيتم لها ثلاثة أثمانه فيجب مثله في مسئلة العتق فيعتق ربع الدخلة لأن الثمن في
 الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لأن الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المصنف في
 جوابه (قيل هذا) أي المذكور في الطلاق (قول محمد وحده) أما عندهما فسقط ربع مهر الدخلة) لا الثمن
 فلا يثبت به الإلزام (وقيل) بل (هو قولهما أيضا) والفرق ذكر المصنف أنه ذكره في زياداته وذكر تمام تفريعاتها
 أيضا فيها أما التفريعات فمما قدمناه في بيان العتق قبل موت أحد وبعد موت أحد العبدین وأما
 التفريعات في الطلاق فمما أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الدخلة والأوليين نصفين
 نصه للدخلة لأنه لا يراجهما إلا إحدى الأوليين أعني الثابتة والنصف الآخر بين الأوليين لأن أحدهما
 ليست أولى به من الأخرى ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والدخلة لما ذكرنا في
 العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة أرباع المهر وإن ماتت الدخلة كان عليه بيان الكلام الأول فإن
 أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لعدم من اجتهاد الدخلة بالموت وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق
 الخارجة وإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الدخلة لما ذكرنا في مسئلة العتق ولو تمت واحدة منهما
 حتى بين الزوج الطلاق الأول في الخارجة صح وعليه بيان الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة أو الدخلة به
 وإن بين الطلاق الأول على الثابتة لغا الكلام الثاني وإن أوقع الطلاق الثاني على الدخلة كان له الخيار
 في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول وإن أوقعه على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة أيضا لما تقدم
 وأما الفرق فهو أن الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الدخلة ولا إشكال فيه وكذلك في حق

بموت الدخلة فأوجب تعيينه تعيين الخارج بالكلام الأول وإن ماتت الخارج تعيين الثابت بالكلام الأول وبطل الكلام الثابت
 الثاني لأن المضموم اليه حر هذه تفريعات العتاق وأما تفريعات الطلاق فمما أن الزوج إذا كان حيًا والنسوة أحياء وأوقع الطلاق الأول
 على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة أو الدخلة بالثاني وإن أوقعه على الثابتة لغا الكلام الثاني وإن أوقع الطلاق
 الثاني على الدخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والدخلة
 لما قلنا من بطلان المراجعة بموتهما وكل واحدة ثلاثة أرباع المهر وإن ماتت الدخلة كان مخيرًا في الآخر بين الكلام الأول فإن أوقعه على
 الخارجة طلقت الثابتة أيضا لعدم من اجتهاد الدخلة بالموت وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة فإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم
 تطلق الدخلة لما مر في مسئلة العتاق ومنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الدخلة والأوليين نصفين نصه للدخلة لأنه

(قوله كانت أجنبية الخ) أقول إذا الكلام في الطلاق قبل الدخول ولا علة عليها حيث شد

(ومن قال لعبديه أحد كإحرف باع أحدهما أو مات أو قال له أنت حر بعد موتى عتق الآخر)

الثابت أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لأنه عتق نصفه وهو يقول يتجزى الاعتاق ومعتق البعض
كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة إليه أيضا بخلاف الطلاق لأنه ليس
بين كون المرأة محلا لطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الإيجاب الثاني
فيه دائرا بين كونه موجبا لسقوط النصف وكونه غير موجب شيئا بخلافه في العتق وأما على قول أبي يوسف
وهو لا يقول يتجزى الاعتاق فلان الثابت دائر بين أن يكون حرا وبين أن يكون عبدا فكان كالمكاتب
والمكاتب محل للعتق إلى آخر ما ذكرنا لا في حنيفة ولا يخفى أن المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول
أبي حنيفة فيصير بذلك مكاتباً في الإيجاب الثاني إنما هو بعدم موت المولى والأفلا إيجاب الأول إنما مقتضاه
عتق واحد من الاثنين بكامله فلا يحكم بعتق نصف أحده لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت
المولى قسمناه بينهم فقد يقال من طرف محمد رحمه الله أن اعتبار الأحوال إنما هو حال صدور ما يجب
اعتباره وحال صدور الإيجاب الثاني لم يكن في الثابت عتق أصلا ويجاب بأنه إنما يجب الاعتبار حال
صدوره وإذا كان لتعريف حكمه اذذاك ونحن إنما نريد أن نتعرف حكم الكلام بعد الموت وفسق آخر
وهو أن الكلام الأول يعتبر تعليقا في حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق أما البراءة عن
المهر فلا تحتمله من جهة الزوج فان البراءة إنما تكون من قبل المرأة فتعتبر تمييزا في حق البراءة وإذا اعتبر
تمييزا كان الكلام الثاني مستردا بين أن يوجب أولا يوجب شيئا فأوجب سقوط ربع المهر من الثابتة
والداخله فيسقط من الداخله ثمن وتستحق ثلاثة أثمان مهرها ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها
بالأول فيسقط ثلاثة أثمان مهر وتستحق ثمن واحد هذا ولا يخفى أن تخصيص أبي يوسف في الفرق بما
ذكره يقتضي أنه لا يقول يتجزى الاعتاق في العبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال (قوله ومن
قال لعبديه أحد كإحرف باع أحدهما أو مات أو قال له) أي لأحدهما (أنت حر بعد موتى عتق الآخر)
المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المهم ومعلوم أن العتق المهم يوجب البيان كالطلاق المهم عندنا
وعند الشافعي ومالك وعند أحمد لا بيان إلا بالقرعة وباللفظ لا يصح إلا أن يقول كنت نوبته عند التلفظ
به وعند الظاهري لا يعتق أصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت أن يكون هذا حرا بذلك اللفظ
الذي قلناه أو يقول أنت حر بذلك العتق أو اعتقك بذلك العتق أما إذا اقتصر على قوله أنت حر ثم قال
أردت بذلك العتق فإنه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيئا عتق هو والآخر معان هذا عتق آخر
نازل بغير الأول وبه لم يبق محال لتزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ودلالة
كما إذا باع مطلقا وبشرط الخيار لأحد المتبايعين بيعا صحيحا أو فاسدا مع قبض ودونه في الصحيح لان
البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا له عن الملك كإحرف عتق أحدهما أو باعه أولا ولنا
عتق الآخر بالمساومة في صاحبه وهذا لأن ذلك يدل على قصد ما سبقه ملكه في الذي تصرف فيه
فيقع بيا للعتق الآخر وحكما كما إذا مات أحدهما فإنه يعتق الآخر وليس بيا فامتن المتكلم لأنه ليس
اختياريا ولان البيان انشأ من وجه ولا انشاء في الآخر عوت قرينه لان الانشاء صفة اللفظ بل لزوم من
طريق الحكم ذلك بسبب فوات محمية الذي مات لتزول العتق فيه ولا بد من عتق أحدهما بعينه فلزم
لذلك الكلام عتق الحى وما يقع به البيان في العتق المهم المنجز يقع به في المعتق المهم المعلق كان قال إذا
جاء زيد فأحد كإحرف فومات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بأثر الملك ثم جاء زيد عتق الباقي وفرق
بين البيان الحكمي والصريح فان الحكمي قد رأيت أنه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فإنه لو قال
قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لأنه اختيار قبل وقته كما لو قال أنت حر ان
دخلت هذه الدار وهذه ثم عين أحدهما للعتق لا يصح تعيينه ولو باع أحدهما أو كليهما ثم اشتراهما

لا راجعها إلا أحدى الأولين
والنصف الآخر بين الأولين
لان احدهما ليست بأولى
به قال (ومن قال لعبديه
أحد كإحرف) كلامه على ما
ذكر في الكتاب واضح
(قوله لا راجعها إلا أحدى
الأولين) أقول بمعنى الثابتة

خلا أن قوله لأنه لم يبق محل للعق أصل بالموت أو رد عليه ما لو قال له ساء ي هاتين ابنتي أو أم ولدي وماتت أحدهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية وأجيب بان هذا الكلام ليس بأقاع بصيغته بل هو خبر ويجوز أن يخبر به ذاعن الميت والحى فيرجع الى بيان المولى وأما الانشاء فلا يصح إلا فى الحى وأما فى مسئلتنا فاعلمنا بتعين أحدهما للحرية إذا ماتت الآخر لان البيان قائم بوصفين بوصف الانشاء وبوصف الاظهار وهذا لان قوله أحد كما حر لا يثبت للعق فى واحد منهما بعينه وله سد اقبل فيه العق غير ثابت فبالنظر الى هذا يكون البيان انشاء ومن حيث ان العق (٤٠٦) لا يعدو وهما كان البيان اظهرا واولهذا يعتبر البيان من جميع المال ان كان فى مرض

لأنه لم يبق محل للعق أصل بالموت والعق من جهةه بالبيع والعق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولأنه بالبيع قصد الوصول الى الثمن والتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصود ان يتأقن العق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولدا أحدهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لا طلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به فى المحفوظ عن أبي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تعليق ثم جازي يثبت حكم العق المبهمة فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد البيان لا يبطلها وعن محمد لو كان المين قبل الحرية المجهولة يعنى قال لبعدها ان دخلت فأنتم حر ثم قال له مع آخر أحدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعته عتق الآخر لفوات محلبة المحلوف بعته بالعق فصار كونه ولو كاتب أو رهن أو أجر يكون بيانا ولو استخدم أحدهما أو قطع يده أو جنى عليه لا يكون بيانا (قوله) لأنه لم يبق محل للعق أصل بالموت والعق من جهةه بالبيع أى ولم يبق محل للعق من جهة المولى المتسكك بالعق المبهمة بسبب بيعه اياه (وللعق من كل وجه) أى ولم يبق محل للعق من كل وجه وهو العق الملتزم بقوله أحد كما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان والتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت فتعين الآخر ولأنه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير قصد (استبقاء الانتفاع) به مدة حياته وان بعته بعد موته (والمقصودان) يعنى الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت (يتأقن العق الملتزم بالايجاب المبهمة فتعين له الآخر دلالة) (قوله) وكذا اذا استولدا أحدهما اذا وطئ أحدهما فعتقت لانها صارت أم ولده فتعينت الاخرى للعق للمعنيين وهما كونهم لم يبق محسلا للعق من كل وجه كالدبر وقصد ابقائها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطء بالعلق لان الوطء غير المعلق ليس بيانا عند أبي حنيفة كما سنذكر واستشكل على تعين الآخر بموت أحدهما ما لو اشترى أحد العبدتين وسعى عن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فأت أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحى مع أن بالموت لم يبق محلبة البيع كالم يبق محلبة العق وما لو قال لامتيه إحدى هاتين بنتي أو أم ولدي ثم ماتت أحدهما لا تتعين الحية للاستيلاد وللحرية وجواب الاول بالفرق بأن عند اشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لأنه تعذر رده كما قبضه فانه لا يخضع عن مقدمة تعيب فانما تعين للبيع وهو حى لا ميت ولا يتعين العق بالاشراف على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رفيقه بالعدم موجب النقل فتعين الآخر للعق وجواب الثانى بأنه ليس بأقاع بصيغته بل اخبار ويجوز أن يخبر به ذاعن الحى والميت فيرجع الى بيان المولى وقوله (لا طلاق جواب الكتاب) يريد الجامع الصغير وقوله (والمعنى ما قلنا) أى من أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن يتأقن العق فتعين الآخر للعق (قوله) والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تعليق روى عن محمد فى

الموت لوجود العق المبهمة فى الصحة وإذا كان كذلك فاعلمنا يصح البيان فى محل محتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الآخر للعق ضرورة وقوله (وكذا اذا استولدا أحدهما) يعنى اذا وطئ أحدهما فعتقت منه لانها صارت أم ولده فمن ضرورة صحة أمية الولد واستحقاق العقق بها انتفاء العتق المنجز عنها وإذا اتقى عن أحدهما تعين فى الاخرى لزوال المزاوجة وقوله (للمعنيين) يعنى عدم محلبة العق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع الى موته (ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه) البيع (المطلق) عن الخيار (و) البيع (بشرط الخيار لاحد المتعاقدين) لا طلاق جواب الكتاب يعنى الجامع الصغير حيث قال فيه باع أحدهما ولم يقيده بشئ (والمعنى ما قلنا) وهو أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه يتأقن العق فتعين الآخر (والعرض

على البيع ملحق بالبيع فى المحفوظ عن أبي يوسف) روى ابن جماعة عن أبي يوسف اذا ساء أحدهما كان بيانا يعنى لتعين الاملاء العتق فى الآخر قبل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة وقوله (والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع) قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكرناه كيد الان محمد ارجعه الله ذكر فى الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض

(قال المصنف لا طلاق جواب الكتاب) أقول مجرد الاطلاق لا يكتفى لأنه يصرف الى السكال فالأصل الى ملاحظة المعنى (قوله) ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة) أقول يعنى فى الأصول (قوله) قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكرناه كيد الان محمد (الح) أقول يعنى انما ذكرناه لمجرد لانه شرط

عقني الآخر ولان البيع الفاسد يعين الآخر للعقني وان لم يكن قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد (وكذلك اذا قال لامرأته احدا كطالتي ثم ماتت احدهما لما بينا) ان الميت لم يبق محلا للعقني فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له (وكذا لو وطئ احدهما لما بينا) في المسئلة التي بعدهم (ولو قال لامرأته احدا كاحرة ثم جامع احدهما لم تعق الاخرى عند أبي حنيفة وقال تعق لان الوطء لا يحل الا في الملك واحداهما حرة) لا ملك فيها فالوطء لا يحل فيها فاذا وطئ احدهما جعل مستقبلا للملك فيها ليقع الوطء محلا لاجل الامرء على الصلاح فاذا تعينت تلك الملك تعينت الاخرى لزواله بالعقني (ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك قائم في الموطوءة) أي في التي توطأ من كل منهما واذا كان الملك قائما كان وطؤها حلالا أما ان الملك قائم فلان يقع العقق انما هو في المنكورة (وهي أي الموطوءة (٤٠٧) غير منكورة بل هي (معينة) فلا يكون الايقاع فيها

واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك عنها زائلا وما أن الملك اذا كان قائما كان الوطء حلالا لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطء حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة (ولهذا حل وطؤها على مذهبه) وهذا في غاية الدقة وبلوح منه سيما التحقيق (الا أنه لا يفتي به) قيل لان المنكورة التي ثبت فيها العقق لا تخلو عنهما ومبنى الحل والحرم على الاحتياط وهو فاسد لان فيه تلويحا الى ترك أي حنيفة الاحتياط وأرى أنه لا يفتي به لثلا يتخذ مغزى الى حنيفة بترك الاحتياط فان قيل العقق إمامان يكون نازلا أولا فان كان غير نازل كان أهما لا للفظ عن مدلوله وان كان نازلا لا يجوز وطؤها أجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني (ثم يقال العقق غير نازل قبل

وكذلك لو قال لامرأته احدا كطالتي ثم ماتت احدهما لما قلنا وكذلك لو وطئ احدهما لما بينا) (ولو قال لامرأته احدا كاحرة ثم جامع احدهما لم تعق الاخرى عند أبي حنيفة رحمه الله وقال تعق) لان الوطء لا يحل الا في الملك واحداهما حرة فكان بالوطء مستقبلا للملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعقني كما في الطلاق وله أن الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكورة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤها على مذهبه الا أنه لا يفتي به ثم يقال العقق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكورة فيظهر في حق حكم تقيله والوطء بصادف المعينة

الاملاء اذا وهب أحدهما أو قبض أو تصدق وأقبض عقني الآخر قالوا ذكره الاقباض نو كيد لا الشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك ولان المساومة اذا عرفت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فمقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو أدخل في طريق الملك أولى أن يعينه (قوله) وكذلك لو قال لامرأته احدا كطالتي ثم ماتت احدهما) يعني تطلق الحية (لما قلنا) في العقق من عقني الباقي عوت أحدهما لعدم محلبة العقق (وكذا لو وطئ إحدى المرأتين تطلق الاخرى لما بينا) في مسألة الامتنين التي تلها (قوله) ولو قال لامرأته احدا كاحرة ثم جامع احدهما) ولم تعلق (لم تعق الاخرى عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد ما لو علق عققت الاخرى انفاقا ولو قال احدا كاحرة ثم وطئ احدهما ما لا يكون بيانا لاجتماع لان التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العقق (وقال تعق) وبه قال الشافعي ومالك في رواية (لهم أن الوطء لا يحل الا في ملك) واحداهما ليست في الملك لعقن احدهما بذلك الكلام ولذا لو قتلها انسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطء احدهما ميئنا للمستقبلي للملكها) فتعينت الاخرى لزواله بذلك العقق كما في الطلاق) المهم فانه اذا قال لزوجه احدا كطالتي ولم يدخل بهما أو دخل فقال طالتي بائن أو نكاحا فوطئ احدهما طلقت الاخرى اتفاقا وانما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لاننا لو كان رجعا لا يكون الوطء بيانا للطلاق الاخرى حل ووطء المطلقة الرجعية ذكره في التوارد وهل ثبت البيان في الطلاق بالمقدمات في الزيادات لا يثبت وقال الكرخي يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء (وله أن الملك قائم فيهما) جميعا حتى قال يحل وطؤها ولهذا الوطء شبهة كان الواجب عقق مملوكتين ويكون كله للمولى وانما يملك البديل بملك الاصل وهذا لان العقق في المنكورة أي المهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة وتنافي لان المعينة ليست دائرية بين نفسها والمعينة الاخرى في حق العلم والمهمة أحدهما أو وقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عقق المعينة معلقا به والعقق بالشرط

البيان لتعلقه به) أي لتعلق العقق بالبيان فكان كالعقق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذلك اذا قال على الشق الاول (أو يقال نازل) أي العقق نازل (في المنكورة فيظهر في حق حكم تقيله) كالبيع فان المنكر يقبله بان يشتري أحد العبدتين على أن المشتري بالخيار فمما فانه يصح (والوطء) لا تقبله المنكورة لانه (بصادف المعينة) اذ هو أمر حسي لا يقع الا في المعين ووطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بيانا في الاخرى

(قال المصنف لان الايقاع في المنكورة) أقول أي المهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة كما لا يخفى (قوله فظاهر لا يحتاج الى البيان) أقول فيه بحث فان الملك باق في المكتوبة ولا يحل وطؤها وقد مر في الدرس السابق أن مثلها في حكم المكاتب وبالجملة فاذكره محتاج الى البيان ولعل البيان يستفاد من تقرير المصنف فافهم (قوله فكذلك اذا) أقول فلا يلزم الاهمال

بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلى من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

فان قيل فكيف وقع بيانا في الطلاق اُجاب بقوله (بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلى من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء) وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما أن يكون المصنف اختار جوازها أو يحمل على المخلص المعروف في أصول الفقه وقد قررناه في التقرير أو في تقرير

(قال المصنف لان المقصود الاصلى من النكاح الخ) أقول وهذا هو الجواب أيضا في الوطء المعلق (قال المصنف فلا يدل على الاستبقاء) أقول الا اذا كان الوطء معلقا

عدم قبوله فهو كالوفاة لزوجته ان طلقته فانت طالق اولامته ان دخلت فانت حرة فان له وطئا ما قبل الشرط لقيام الملك في الحال فقولهما احداهما حرة ان اريد المعينة منعناه والمهمة سلمناه ولا يفيد لان الوطء انما يقع في المعينة فوطئهما لم يقع في محل الحرمة فحل فاذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء احدهما دليلا على تحريم الاخرى بعقتها وانما يلزم اذا كان الحلال وطء احدهما فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقص بالوطء بالطلاق المبهم فانه لو صح ما ذكر لزحل وطئهما لوقوعه في معينة والمطلقة هي المهمة فاذا اُجيب عنه بتقييد كليهما بما اذا لم تتعين احدهما للطلاق وبجرد وطء احدهما تتعين الاخرى فتحرم بخلافه في العتق عاذاً واول المسئلة وهو أنه كما كان الوطء ينافي في الطلاق يجب أن يكون ينافي العتق لان الملك في الزوجتين المعينتين قائم وانما المطلقة هي المهمة ولا جواب له سوى أن الدال في الاصل أعنى الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستبقاء فانه هو الدليل على نفي الاخرى اذا كان الواجب اخراج احدهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد فان طلبه يفيد استبقاء من هو منها كي لا يضيع حاله ووطء المسكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لانه هو الذي وضع له عقدها لا ووطء الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطئهما من جملة الاستخدام قضاء الشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة وعلى هذا فيمكن في دليلهما أن يقال وطء احدهما دليل استبقائها كالوطء في الطلاق المبهم وفي وجه قوله منع دلالة والفرق بما ذكرنا لا حاجة الى اثبات الملك فيه او حله وطئهما ثم القول بأنه لا يفيد حتى به لترك الاحتياط فالحق أنه لا يحل وطئهما كما لا يصح بيعهما وقد وضع في الاصول مسئلة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز ايجاب أحد أشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم أحد أشياء جواز فعلها الا واحد الانه لو عفاها فعلا كان فاعلا للحرمة قطعها ولا يعلم خلاف في ذلك وثبت الملك قد يمنع معه الوطء اعراض كل رضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطء وهذا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق احدهما لا يعدو ما في وطئهما ووطء المحترمة يبين فلا يحل قطعها وان كان الملك قائما فيهما بخلاف أخذه ارش الجنسية عليهما لانه يدل الملك غير مقيد بحل الوطء وغرامة قيمة مملوكين كذلك أيضا وانما وجب نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلها رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما يتنصف لان احدهما حرة يبين ولا تعرف فتتصرف في الضمان ثم ما هو قيمة لاولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلها رجلا لان فان على كل منهما قيمة أمة اذ ليست كل منهما حرة في نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير يبين بالضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحر لا تعدو هما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتورع فيهما وقولهم وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطئهما غير صحيح اذ لا تعليق بل تجبزم أمور في الشرع بتعيين محله ولو كان عينا محض لم يجبر على ايقاع شرطه كسائر الأيمان وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف أنه شبه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شبهها لا يوجب حقيقة أحكامه من حل الوطء قبل الشرط فيهما أو بوحقيقة لينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيهما ما يحل وطء احدهما فروع من البيان لو قال لامته احدا كما حرة ثم قال لم أعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم أعن هذه الاخرى عتقت الاولى فتعتقان لان قوله لم أعن هذه اقرار بعتق الاخرى فقد أقر بعتقهما وكذا هذا في الطلاق بخلاف ما لو قال لاحدهما عتقت امة أو فقلت له أهو هذا فقال لا لم يجب للاخرى والفرق أن البيان في الاقرار بالمبهم ليس واجبا بخلافه في انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال أمة وعبد من رقيق حران ومات قبل البيان فان كان له أمة وعبدان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلاثة عتقت من كل ثلثه وبسعون في

قال (ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاماً فانت حرة) كلامه على ما ذكره واضح وقال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعق و احد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أو لافان نكل عن اليمين فنكوله كقاراره وان (٤٠٩) حلف فهم أرقاماً ما أجواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال

المولى لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاماً فانت حرة فقلت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما ولد أولاً عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد) لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام أول مرة الا تم بالشرط والجارية لتكونها تبعاً لها اذا لام حرة حين ولدت وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسمى في النصف أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبداً

الباقى ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا متين عتق من كل نصفها أو ثلاثا تعتق من كل ثلثها وتسمى في الباقي والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاماً فانت حرة فقلت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما ولد أولاً عتق نصف الام) وتسمى في قيمة نصفها (ونصف الجارية) وتسمى في النصف (والغلام عبد) لان كل واحدة من الام والجارية تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام أولاً فعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لتكونها تبعاً للام في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فاذا اعتقت في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد وأمه فنة فانها انما تعتق بعد ولادتها إياه أولاً لان ولادته شرط عتقها والشرط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجوامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد في الكيسانيات في هذه المسئلة أنه لا يحكم بعق و احد منهم لانهم لا يمتنع بعقته واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك نعم هذا حكم الطحاوي بأن محمداً كان أولاً مع أبي حنيفة وأبي يوسف ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعق و احد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت (١) الغلام أو لافان نكل فنكوله كقاراره وان حلف فكلهم أرقاء وأن جواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان أول ولد تلدينه غلاماً فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فقلت غلاماً ولا يدري الأول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية أولاً عتقت بالشرط وان ولدت الغلام أولاً عتقت تبعاً للام وأما انتصاف عتق الام فلانها تعتق في ولادة الغلام أولاً وترق في الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن وجوده اذا كان في طرف واحد كان القول قول من أنكرو وجوده كما اذا قال ان دخلت غداً فأنت حرة فغداً لا يدري أدخل أم لا لا شك في شرط العتق فكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولاً وأما اذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فينتج احتياج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبية عتق الامة أو بنتها لوجود الشرط وقد عرف أن الامة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز أن يدعى رجل حسبية اذا لم تكن بينه ليحلف لرجاء نكوله هذا ولكن المذكور في المبسوط في تعليقه صرح بأن الام تدعى العتق والمولى ينكر والقول لا ينكر

(ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاماً فانت حرة فقلت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما ولد أولاً عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد) لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام أول مرة الا تم بالشرط والجارية لتكونها تبعاً لها اذا لام حرة حين ولدت وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسمى في النصف أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبداً

الباقى ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا متين عتق من كل نصفها أو ثلاثا تعتق من كل ثلثها وتسمى في الباقي والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاماً فانت حرة فقلت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما ولد أولاً عتق نصف الام) وتسمى في قيمة نصفها (ونصف الجارية) وتسمى في النصف (والغلام عبد) لان كل واحدة من الام والجارية تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام أولاً فعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لتكونها تبعاً للام في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فاذا اعتقت في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد وأمه فنة فانها انما تعتق بعد ولادتها إياه أولاً لان ولادته شرط عتقها والشرط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجوامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد في الكيسانيات في هذه المسئلة أنه لا يحكم بعق و احد منهم لانهم لا يمتنع بعقته واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك نعم هذا حكم الطحاوي بأن محمداً كان أولاً مع أبي حنيفة وأبي يوسف ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعق و احد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت (١) الغلام أو لافان نكل فنكوله كقاراره وان حلف فكلهم أرقاء وأن جواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان أول ولد تلدينه غلاماً فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فقلت غلاماً ولا يدري الأول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية أولاً عتقت بالشرط وان ولدت الغلام أولاً عتقت تبعاً للام وأما انتصاف عتق الام فلانها تعتق في ولادة الغلام أولاً وترق في الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن وجوده اذا كان في طرف واحد كان القول قول من أنكرو وجوده كما اذا قال ان دخلت غداً فأنت حرة فغداً لا يدري أدخل أم لا لا شك في شرط العتق فكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولاً وأما اذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فينتج احتياج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبية عتق الامة أو بنتها لوجود الشرط وقد عرف أن الامة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز أن يدعى رجل حسبية اذا لم تكن بينه ليحلف لرجاء نكوله هذا ولكن المذكور في المبسوط في تعليقه صرح بأن الام تدعى العتق والمولى ينكر والقول لا ينكر

(٥٣ - فتح القدير ثالث) والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فينتج احتياج الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات

(قوله القول فيه قول من ينكر) أقول ضمير فيه راجع الى الشرط

(١) قوله الغلام هكذا في عدة نسخ ومثله في شرح الزيلعي وهو الصواب فما وقع في بعض النسخ من ابداله بالجارية تحريف من النامخ كذا بهامش نسخة العلامة البحر اوى كتبه معصمه

وقوله (وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا (٤١٠) من الوجوه في كفاية المنتهى) قبل هي ستة أوجه فصلوها في شروح الجامع الصغير

أحدها أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أولا وهو المذكور في الكتاب أولا وجوابه على الوجه المذكور فيه أن يعتق نصف الام والجارية ويستسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب * والثاني أن تدعى الام أن الغلام هو المولود أولا وينكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكره في الكتاب * والثالث أن تدعى الام أن الغلام أول والجارية كبيرة ولم تدع شيئا وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ما ذكره أيضا فيه * والرابع أن تدعى الجارية وهي كبيرة والام ساكنة أن الغلام ولد أولا وهو المذكور في الكتاب رابعا يجوابه ووجهه * والخامس أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولا والجواب أنه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق * والسادس أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولا والجواب أن الام تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبع للام والغلام عبداً لأنه قد انفصل عن الام في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما

وان ادعت الام أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع الجين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقنا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبني على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكنة ثبتت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتخلف على العلم فيما ذكرنا لانه استخلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى مع عينه فأفاد أن ذلك في صورة دعوى الام وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب * واعلم أن ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقته باطل قول أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب واستدل به بأن الشرط الكائن في طرف واحد الخ فينتظر فيه بأن ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا أقيد في المبسوط حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فانت حر وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا يئنه بخلاف قوله ان كنت تحبيني الخ فيمكن أن تكون الولادة من الامور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال فيعتق نصف الام كما في الجامع (قوله وان ادعت الام أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع الجين) بالله ما يعلم أن الغلام ولد أولا (لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية) معاً (لان دعوى الام حرية الصغيرة) ثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لانها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها في الجلالة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتهما فعتقنا (فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً) من الحرية لنفسها (وباق المسئلة بحاله) يعني ولدتها فادعت الام تقدم الغلام وأنكر المولى والجارية بالغة خلف فنكل عتقت الام خاصة بنكوله لان دعوى الام حرية غير معتبرة في الجارية الكبيرة لان الدعوى عن الغراما تصبح بولاية أو نابة وهما منتسبان عن الكبيرة فلا تنضم دعوى الام حرية نفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغي أن تثبت حرية بنتها لانه لازم له فالقرار بغير بنتها اقرار بحرية الاخرى أجب بئع كون عتق الام بالنكول عتقا بجود الشرط لجواز كونه بذلاً للماليتها من المولى لميرك الحلف أو اقرارا بغيرها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت وبأن النكول جعل اقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد بن قيس قال لغيرنا كفيلاً بكل ما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر خلف فنكل يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلاً ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلاً (قوله ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكنة والسابق بحاله ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا) في أن دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى (قوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية) وهي ما اذا اتفقوا على أن ولادة الغلام أولاً وانفقوا على أن ولادة الجارية أولاً فلا يعتق أحد في الثاني ويعتق كل الام والجارية في الاول وبهما تم الاوجه للمسئلة ستة **فرع** في المحيط لو قال ان كان أول ولد تدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية ثم غلاما فمأحران فولدت غلاما وجارية لا يعتق الاول عتق نصف الام ونصف الغلام وربيع كل واحدة من الجاريتين أما الام فلا يعتق في حال دون حال وهو رواية وفي عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها لانها تعتق في حال وترق في حالين بأن كانت ولادة احدي الجاريتين أولاً وأما الغلام فانه

قال (واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبده) الشهادة على طلاق إحدى نسائه جائزة بالاجماع ويحبر على البيان وعلى اعتناق أحد عبده كذلك عندهما وعند أبي حنيفة هي باطلة الآن تكون في وصية استحسانا على ما ذكره (وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وإنما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على أن العتق من حقوق العباد عنده (٤١١) ومن حقوق الشرع عندهما وجه قولهما أنه لا

يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز أن يحلف به ويصح إيجابه في المجهول وكل ذلك دليل على أن العتق حق الشرع ووجه قوله أن الاعتناق إثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من غرائه فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيه بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها وعتق الأمة من حقوقه بالاتفاق فلذلك تقبل بدونها وذلك لأن عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان فان قيل لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الأمر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق أمة هي أخت مولاها من الرضاة اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لأن تحريمه ثابت بحكم الرضاة قبل شهادتهما بالاتفاق أوجب عن الأول

قال (واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبده فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله الآن يكون في وصية) استحسانا ذكره في كتاب العتاق (وان شهد أنه أطلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق أحدها) وهذا بالاجماع (وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله الشهادة في العتق مثل ذلك) وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة

يعتق في حال بان ولدت إحدى الجاريتين أو لا ويرق في حال بان ولدت الغلام أو لا وأما الجارية يتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لأن إصابة الحرية بجهتين متعذر لأن الشخص اذا عتق تبعه باللام لا يتصور أن يعتق بعتق نفسه ومتى عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعه باللام فلا بد من إلغاء إحدى الجهتين فالغينا إصابة العتق من جهة الام واعتبرنا الإصابة بعتق أنفسهما لأنهما أقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام أو لا لا يعتق بعتق أنفسهما وان كانت ولادة الجارية أو لا تعتق الأخيرة بعتق نفسها فتثبت لهما حرية في حال دون حال فيثبت نصفه بينهما وقال أبو عصمة ينبغي أن يعتق من كل ثلاثة أربعها لأن الغلام لو كان أو لا تعتق الام فاعتق الجارية يتان بعتقها ولو كانت إحدى الجاريتين أو لا ثم الغلام عتقت الجارية الأولى والأخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الأنة قول أبي عصمة وقال هو الذي وافق ما تقدم (قوله) واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبده فإل الشهادة باطلة عند أبي حنيفة الآن تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق) أي عتاق الأصل بان شهد أنه أعتق أحد عبده في مرض موته أو شهدا بتدبيره أحدهما مطلقا في صحته أو مرضه لأن التدبير حدث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤثر بتخيير عتق أحدهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد (قوله وأصل هذا) أي أصل هذا الخلاف (أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند أبي حنيفة من غير دعوى العبد) مطلقا في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين أن الدعوى عنده ليست شرطاً في حرية الأصل بل في العارضة فقط (وعندهما تقبل) بلا دعوى (والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وان أنكرت الأمة العتق لا يلتفت إلى انكارها وعتق لانها مهمة وكذا على طلاق إحدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان أنكرت ويجبر على أن يوقع على أحدها (قوله والمسئلة معروفة) وجه قولهم أن المشهود به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة ويصح نذر به وحلفه به ولهذا لا يحتاج إلى قبول ولا يرتد أقرار السيد بحرية العبد ولا يبطل بالتناقص حتى لو أقر بالرق ثم ادعى حرية الأصل وأقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطاً لمنع لأن التناقص يبطل صحة الدعوى وإنما لا تكفي شهادة الواحد لأنه وان كان أمر دينيا يتضمن إزالة ملك العبد وبطلان مالصة ماله فلذا اشترط في الشهادة عليه اثنان ولا يبي حنيفة أن العتق أما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكية أو هو نفسها وكلا الأمرين حق العبد لأنه المستفيع به على

بان خبر الواحد حجة في الأمر الديني اذ لم تقع الحاجة إلى الزام المتكرر وهما وقعت وعن الثاني بأن فيه معنى الزنلان فعل المولى بها قبل العتق لا وجب الحد بعده بوجهه لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها بالحرمة ألا ترى أنه جازله أن يزوجهما وبطل بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج

(قوله وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده) أقول وكذا العفو عن القصاص وبراء الكفيل لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول مع أنهم من حقوق العبد (قوله ولا معتبر بغيره لكونه من غرائه) أقول وكذا عتق الأمة وتحريم الفرج من الثمرات

وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لم يتحقق في مسألة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى أما في الطلاق فعند الدعوى لا يوجب خلافاً في الشهادة لأنهما ليست بشرط فيها

والخصوص في الحقيقة ثم بعد ذلك ثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا النبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة ولا يكون ثبوت لازم الابد الملزوم وإذا كان المستلزم حقه لا يثبت الابد عواه ولا يفتي أنه يرد على هذا اعتق الأمة لأنه يقال حرمة فرجهما التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقهما من العتق فوجب أن يشترط دعواهما فإن قيل الفرق أنهما متهما لرغبتهما في محبة مولاها حتى نقول لو كان العبد أيضاً متهما ما قبلت بلا دعواه وذلك بأن لزمه حد قذف أو قصاص في طرف حتى لو أنكر العتق لا يلتفت إلى إنكاره فلنا فرض الكلام فيما إذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بجرمتها ثم قد ينزع تأثير كون الثابت بالعتق أولاً ما هو حق العبد مستلزماً لخلق الله تعالى في اشتراط الدعوى لأنه إذا ثبت استلزامه لخلق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أولاً أو ثانياً فإن حقل التقريرير هكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى أما حقه سبحانه فاذكرتم وأما حق العبد فلأنه يصير به مال الكالا كساب نفسه فيتمكن من إقامة مصالحه وتثبت ولا يأنه من نفاذ قوله في الشهادة وانكاح بنته وحصول الميراث له إذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى وإن لم يفتي إلى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على أن الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصاً ألا يرى أن العفو عن القصاص وإبراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فإن عدم منعه لخفا عرق الأصل وحرمة كفاي دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما أنه لما جتمع في العتق الحقان فخلق الله تعالى قلنا لا يمنع التناقض في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة وخلق العبد شرطاً للدعوى والشاهدين أيضاً ورد عليه أيضاً عتق الأمة فإن فيها الحقين فوجب الدعوى والشاهد أن خلق العبد ولا يمنع التناقض لخلق الله سبحانه وأيضاً إذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى لا يلزم ثبوته لأنه بما فيه من حق الله يعارضه لأن الثابت معه عدم الاحتياج إلى الدعوى وإنهما يتعارضان لأنه إذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضي أن لا يثبت والحق أن المنظور إليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاها فترجح ما ثبت شرعاً الاحتياط في أمره وتوكيده وأمر الفروج محتاط فيه فلا احتياط أن لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شيء آخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثله فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الأمة والطلاق وبين عتق العبد لأن حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق المقتضى لنفي الدعوى ليس من التأكيد بحيث يجب أن يثبت بلا دعوى وهو ما يؤول إلى جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لأنه إلى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتضمن شهادته دعواه وأما حق العبد فإن اقتصر ثبوته إلى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائباً عنه وهذا القدر يحصل به المقصود فإن المثبت في الحقيقة ليس إلا الشهادة وإنما يفتي فيه ما لو أنكر العبد العتق ولا تهمه وحينئذ يجب الترجيح وترجح حقه سبحانه وتعالى ولا يقال المقرر ترجيح حق العبد لأننا نقول ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما ينتفي معه الآخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى بل إذا ثبتنا حق الله تعالى كان أثباتاً لخلق العبد ساقطاً عليه وانما فيه أنه يثبت على رغبة (قوله) وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا يتحقق في مسألة الكتاب) أي الجامع الصغير وهي ما إذا شهد أنه اعتق أحد عبده لأنه عتق المجهول (والدعوى من المجهول لا تتحقق) وانما يتحقق من المعين فتفتي المطابقة بين الدعوى والبينة

وإذا ثبت الأصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله (وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده) إلى آخر المسألة وقوله (لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق) قبل عليه إذا ادعى ذلك وجب أن تقبل البينة لأن الدعوى حصلت من معين وأوجب بأن صاحب الحق أحدهما لا يعينه فدعواهما دعوى غير صاحب الحق وبأن الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لأن الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين

(قوله لأن الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين) أقول يمكن أن تكون الدعوى أيضاً كذلك

وقوله (ولو شهد أنه أعتق إحدى أمته) كصورة نقض على قول أبي حنيفة لأن الدعوى ليست بشرط في حق الأمة ولم تسمع البيعة ههنا ووجه دفعه ما ذكره بقوله (لأنه انما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه) يعني قوله أنه أن الملك قائم في الموطورة إلى قوله ولهذا حل وطوهما ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زنا واعتراض بأن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك أيضا حق الله فوجب أن تستغنى الشهادة فيه عن الدعوى والجواب أن لازم عتقهم أن أعظم التكبير ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن أن تكون من الكبار فالتمسوية بينهما خطأ وقوله (أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبده في مرض موته) بيان قوله إلا أن تكون في وصية استحسنانا وقوله (لأن التدبير حينما وقع وقع وصية) يعني سواء وقع في حال الصحة أو في حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف أحدهما أن التدبير مطلقا والعق في المرض وصية (والخصم في الوصية انما هو الموصى) لأن تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيًا تقديرا (وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث) فتقبل الشهادة والثاني أن العتق يشيع بالموت فيهما (٤١٣) لأنه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن

البيان فكان إيجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما (فصار كل واحد منهما خصما متعينا) ولم يذ كر وجه القياس وهو أن المقضى له مجهول والدعوى من المجهول لا تحقق لظهوره مما تقدم

ولو شهد أنه أعتق إحدى أمته لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم تكن الدعوى شرطا فيم إلا انما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدین وهذا كله إذا شهد في صحته على أنه أعتق أحد عبده أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبده في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسنانا لأن التدبير حينما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ولأن العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا

وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما (قوله ولو شهد أنه أعتق إحدى أمته الخ) جواب عما قد يقال إذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده في الشهادة على عتق الأمة فينبغي أن تقبل على عتق إحدى أمته والواقع أن لا تقبل عنده أجاب بأنه انما لا تشترط الدعوى في الشهادة على عتق الأمة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا (فشابه الطلاق) وفيه لا يشترط الشهادة به الدعوى لذلك فكذا هذا (والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه) فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدین فان قيل لو كانت عليه سقوط الدعوى في عتق الأمة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الأمة المجوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لأن الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمتها في الأولين قبيل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب أنه ثبت بالشهادة بعقها فوقع آخر من التحريم فان وطء الاخت من الرضاع المألوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطء قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فثبتت تحريمها مؤجلا بنقض العدة وأما الأمة المجوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده وما قيل أن وطءها مملوكة وانما منع منه خبثها كالحائض فيما لا يشيع ذلك الوطء فيه ما فيه (قوله وهذا كله إذا شهدا بعتق أحد العبدین في صحته) أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبده في مرض موته أو شهدا

عندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما (قوله ولو شهد أنه أعتق إحدى أمته الخ) جواب عما قد يقال إذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده في الشهادة على عتق الأمة فينبغي أن تقبل على عتق إحدى أمته والواقع أن لا تقبل عنده أجاب بأنه انما لا تشترط الدعوى في الشهادة على عتق الأمة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا (فشابه الطلاق) وفيه لا يشترط الشهادة به الدعوى لذلك فكذا هذا (والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه) فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدین فان قيل لو كانت عليه سقوط الدعوى في عتق الأمة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الأمة المجوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لأن الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمتها في الأولين قبيل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب أنه ثبت بالشهادة بعقها فوقع آخر من التحريم فان وطء الاخت من الرضاع المألوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطء قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فثبتت تحريمها مؤجلا بنقض العدة وأما الأمة المجوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده وما قيل أن وطءها مملوكة وانما منع منه خبثها كالحائض فيما لا يشيع ذلك الوطء فيه ما فيه (قوله وهذا كله إذا شهدا بعتق أحد العبدین في صحته) أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبده في مرض موته أو شهدا

الخصم المدعى اه وانما قيد بما قيد به ليتعين المدعى في حياته فافهم (قال المصنف لأن التدبير حينما وقع وقع وصية) أقول قال صدر الشريعة الدليل الأول مشكل لأن المتنازع فيه ما إذا أنكر المولى تدبير أحد عبده أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان إثباته فكيف يقال إن المدعى هو المولى أو نائبه والدليل الثاني يوجب أن الشهادة بعتق أحد عبده بغير وصية إن أقيمت بعد الموت تقبل لشيوع العتق بالموت اه ويمكن أن يجاب عنه بأن المولى وإن كان منكرًا بصورة إلا أنه نزل مدعيًا معني لأن نفع العتق يعود إليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث فتزل الوارث أو الوصي مدعيًا للعتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة وبأن في هذه المسئلة روايتين نظرا إلى جهتين جهة الشيوع وجهة أنه ليس بوصية فباستمراره ليس بوصية لا تقبل الشهادة وباستمرار الشيوع تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة هذا ما لاح لي في ذلك المقام وقال ابن الهمام ولا ينبغي أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البيعة الاعلى منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه يعني الوصي إن كان الورثة منكرين أو الورثة إن كان الوصي منكرًا فقبل فيشكل

ولو شهد بعد موته أنه قال في صحته أحد كالحرف فقد قيل لا تقبل لأنه ليس بوصية وقيل تقبل للشروع هو الصحيح والله أعلم

على تدبيره في صحته أو في مرضه) لتكون شهادته ما يعتق هو وصية وهو المستثنى في أول المسئلة وقد منان التسدير حيثما وقع يكون وصية معتبر من الثالث ولو في حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته أو بعد وفاته تقبل استحسانا لأن عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى وإذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصى لأن تنفيذ الوصية من حقوق الموصى فهو الخصم المدعى فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصى أو الوارث بخلاف حالة الحياة فإن الخصم في إثبات العتق ليس هو السيد لا تكاره بل هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان وهو أن الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الموصى كان كلاما من العبدين وهما معينان وفي حالة الحياة لا تصح خصومتهم ماله أنه لم يعتق منهما شيء والمعتق المبهم بخلاف ما إذا مات المولى قبل البيان فإن العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن أعتق أحد عبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البيعة الأعلى منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصى أو وارثه يعني الوصى أن كان الورثة منكرين أو الورثة أن كان الوصى منكرا فقبل فيشكل ما لو كان كل من الوصى والوارث منكرا إذا لا تبطل البيعة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخلص الإعتبار جعل الميت مدعىا تقديرا وأيضاً قوله وأدباً الشهادة في مرض موته الخ يفيد أنها تقبل في حياته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لا اعتباراً بمدعىا وعدم قبولها قبل موته لأن المدعى العبدان وهما غير من أثبت فيه العتق أعني المبهم والحاصل أن إزالته مدعىا لا يكون إلا بعد موته وأما قبل موته فهو منكر ولهذا احتج إلى الشهادة وردت لعدم المدعى ولا مخلص الإعتقاد بما إذا كان المريض قد أصحمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقتضى بها ولا يحتاج إلى إعادتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد له عدم الخصم المدعى (قوله ولو شهد بعد موته أنه قال في صحته أحد كالحرف) لا رواية فيه عن أبي حنيفة واختلف المشايخ في تقريرها على قوله (فقبل لا تقبل لأنه ليس بوصية) لا سنداً لها العتق المنجز إلى حالة الصحة فلم يكن الميت مدعىا تقديرا (وقيل تقبل) لأن العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا وصحح نفع الإسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال الجواز أن يكون الحكم معلولا بعنتين فيعتدى باحداهما أو بعهما صاحب الكافي وقال هو الأصح ولقائل أن يقول شيوع العتق الذي هو مبني صحة كون العبدين مدعين متوقف على ثبوت قوله أحد كالحرف ولا مثبت له إلا الشهادة وبعثها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة فلو أثبتت الشهادة بصحة خصومتهم ما وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شأنه الزم الدور وإذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه (فروع) شهدا أنه حرأمة بعينها وسميها فتنسب اسمها لا تقبل لأنهما لم يشهدا بما احتملاه وهو عتق معلوم بل مجهول وكذا الشهادة على طلاق إحدى زوجتيه وسميها فتنسبها وعند زفر تقبل ويجوز على البيان ويجب أن يكون قولهما ما كقول زفر في هذه لأنها كشهادتهما على عتق إحدى أمته وطلاق إحدى زوجتيه ولو شهد أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما له عبداً واحداً اسمه سالم عتق لأنه كان معيناً لأوجهه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما أن القاضي يقتضى بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف ما لو شهدوا ببيعته ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجهل بمعتق واحد

(ولو شهد بعد موته أنه قال في صحته أحد كالحرف) قال الامام نفع الإسلام لانص فيه واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم (لا تقبل لأنه ليس بوصية) حتى يكون الخصم هو الموصى وهو معلوم وقال بعضهم تقبل لشروع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعيناً فكانت دعواهما صحيحة وهو يقتضى قبول الشهادة والله أعلم

مالو كان كل من الوارث والوصى منكرا إذا لا تبطل البيعة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفا ولا مخلص الإعتبار جعل الميت مدعىا تقديرا اه

منهما في قول أبي حنيفة لأنه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا تحقق هنا من المشهود له لأنه غير معين منهما فصارت كسئلة الكتاب الخلافية

وهذا فصل في الشهادة على العتق إذا ادعى العبد العتق وأقام شاهداً لا يحال بينهما وبين المولى وفي الأمة إذا قالت شاهدي ألا خراصري محال ولو أقام العبد شاهدين أن كان المولى مخوفاً على العبد حيل بينهما حتى ينظر في أمر الشهود لأن الحجة تمت ظاهراً حتى لو قضى بشهادتهما نفذت ثبتت به الحيلولة احتياطاً بخلاف ما إذا أقام شاهداً واحداً * شهد بعتق عبده واختلفا في الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهد أحدهما أنه أعتقه والاخر أنه أقر أنه أعتقه فالشهادة جائزة لأن العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلاف الشهادة فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أعتقه والاخر أنه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعاً لأن الهبة تعليق والاعتاق أحداث القوة أو إزالة الملك كذا في المبسوط فيجمل ما ذكر قبله من أن اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما إذا كان مؤدى اللفظين واحداً وضعاً ولا يخفى أن التعليق الذي على به لقبولهما عند الاختلاف لفظاً من أن العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضى أنهما إذا اختلفا في أنه أعتقه أو وهبه لنفسه أنه يقبل ولو اختلفا في الشرط الذي علق به العتق فأحدهما جعله كلاماً زيداً والاخر الدخول مثلاً لم يجز ألا يتكهن القاضي من القضاء بواحد من الشرطين ولو اتفقا على أنه الدخول مثلاً وقال المولى بل كلام فلان فأيهما فعل فهو حر لثبوت الدخول شرطاً بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد أحدهما أنه أعتقه ويجعل والاخر بغير جعل لم تجز لأن العتق يجعل يخالف العتق بغير جعل في الأحكام وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد أقل المالكين أو أكثرهما ولو كان المولى يدعى أقل المالكين والعبد ينكر عتق لاقرار المولى بغيره ولا شيء عليه لا كذابه أحد شاهديه وهو الذي يشهد له بالأكثر وإن ادعى العتق بألف درهم وخمسائة وأحدهما يشهد بألف والاخر بألف وخمسائة قضى عليه بألف لأن الشهادة لا تقوم هنا على العتق لأن العبد عتق باقرار المولى وإنما تقوم على المال ومن ادعى ألفاً وخمسائة وشهد له شاهد بألف والاخر بألف وخمسائة يقضى بألف لاتفاقهما على ألف لفظاً ومعنى بخلاف ألف والالفين كما سيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى ولو شهد أنه أعتقه أن كلم زيدا والاخر أن دخل فأيهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة ولو تعارضت بيننا العبد والمولى في مقدار ما أعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو أقام العبد البينة على أنه قال إن أدبت إلى ألفاً فانت حر وأنه أداها وأقام المولى أنه أنما قال إذا أدبت إلى ألفين الخ فالعبد حر ولا شيء عليه لأنه أثبت بينته تنجز الحرية فيه ولو أقام العبد بينة أنه باعه نفسه بألف وأقام المولى أنه باعه نفسه بألفين كانت البينة بينة المولى لأن العتق تنجز بالقول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى قال في الأصل ولو باعه نفسه بألف فأداه من مال المولى كان حراً ولو لم يرد يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا بأداء المال وإنما يتحقق هذا الفصل فيما إذا علقه بالأداء لأن نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وإن كان المؤدى مسروقاً أو مغصوباً من المولى ثم رده هذا المال على المولى وإن كان مستحقاً عليه فيقع عن الوجه المستحق في الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله وإذا رجعت شهود العتق بعد القضاء به لم يطل العتق لأنهما لا يصدقان في إبطال الحكم ولا في إبطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمة ما ألتفما من ماله على المولى إذ قد اعترفا بالرجوع أنهما ألتفما ماله على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بأن المولى كان أعتقه أن شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لأنهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق وإن شهدوا أنه أعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رجعوا الله يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير

باب الحلف بالعتق

(ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتسوية فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا

دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به وان لم يكن ثمة مدع لذلك ويتبين به أن الفريق الأول لم يتلفوا على المولى شيئا بشهادتهم - وأنه أخذ منهم بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى ولا مدع لما شهد به الفريق الثاني فان العبد حكم بحريته فلا يمكنه أن يدعى العتق والله أعلم

باب الحلف بالعتق

الحلف بالكسر مصدر حلف سماعي وله مصدر آخر أعني حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق

على حلقة لأشتم الدهر مسلما * ولا خارج من في زور كلام

وقال امرؤ القيس

حلفت لها بالله حلقة فاجر * لنأموأنا من حديث ولاصال

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية عن المنجز قدمه عليه ولما جرى المصنف على أن يولي التصرف الذي يصح تعليقه الحلف به كما فعل في الطلاق ولم يضم الكل الى كتاب الايمان ليكون أضيظ لاحكام التصرف الواحد حيث يجتمع في بابه ولا تتفرق أحكامه في الابواب أو لولي العتق الحلف به واعلم أن بعض من لا يجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك أجاز في العتق روى ذلك عن أحمد للفرق بأن الشارع منشئ في العتق دون الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما (قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر ولم يكن له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) أي ذلك المملوك الذي اشتراه ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الآن يكون اضافة الى الملك قرره ليرده اليه بقوله لان التسوية في يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليه لفظ اذ تقديره اذ دخلت ولفظ يوم ظرف لمملوك فكان التقدير كل من يكون في ملكي يوم الدخول حر وهذا في الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول والمملوك لا يكون الا بملك فصار كأنه قال ان ملكك مملوكا كا وقت الدخول فهو حر وهو صدق بملك قبل الدخول يقارن بقاءه الدخول فكان اضافة العتق الى الملك الموجود عند الدخول معنى بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت فأنت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يصف العتق الى ملكه لاصري محال معنى وعدول المصنف الى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم مراد به الوقت حتى لو دخل له لا عتق ما في ملكه لانه أضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول وان كان في اللفظ انما أضيف الى لفظ اذ اضافة للدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ والا كان المراد يوم وقت الدخول وهو وان كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييدا ليوم به لكن اذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا في الاستعمال الفصح كقوله ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ولا يلاحظ فيه شيء من ذلك فانه لا يلاحظ في هذه الآية وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون وله نظائر كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ اذ لم يذكر الا تكثير اللعوض عن الجملة المحذوفة أو عدا له أعني التسوية لكونه حرفا واحدا ساكتا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير في أقوال أهل العربية في بعض الالفاظ لا تختص على من له نظريها وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقى في ملكه حتى دخل عتق لما قلنا وفي بعض النسخ

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزء الشرط ولما

كان المعلق قاصرا في السببية آخر التعليق عن التجيز قوله (ومن قال اذا دخلت الدار) ظاهر واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق ما يشتره بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما أضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال

لعبد الغير ان دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك أجيب بأنه وجدت الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه ان ملكك مملوكا كا وقت دخولي الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم توجد الاضافة فيها لاصري محال ولا دلالة وقوله (لما قلنا) يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول

باب الحلف بالعتق

(قوله واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق الخ) أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة

قال (ولولم يكن قال في عينه يومئذ لم يعتق) لان قوله كل مملوك في الحال والجزء حرية المملوك في الحال الا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليقين (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكر لم يعتق) وهذا اذا ولدت لستة أشهر فصاعدا ظاهرا لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليقين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لأقل من ستة أشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجهه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال العبد الضعيف وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها

لما سألني من أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم (قوله ولولم يكن قال في عينه يومئذ) بل قال اذا دخلت فكل مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم بل الذي كان في ملكه وقت التكلم ووجهه المصنف بقوله لان قوله كل مملوك لي يختص بالحال والجزء حرية المملوك في الحال يتعلق في الحال بمملوك أي المملوك في الحال حرية هي الجزاء فلما دخل الشرط عليه تأخرت الى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لي حالا أن المختار في الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم عن نسب اليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه واللام للاختصاص أي اختصاص من جرت معنى متعلقها اليه به أي بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهي أثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه بأثره في الحال والاثبت الاثر بلا مؤثر هذا ويعتق بقول القائل كل مملوك لي حر العبد ولولم هو نين أو مأذونين أو مؤجرين والامام ولو كن حوامل أو أمهات أو أولاد والمدبرون وأولادهم ولا يدخل المكاتب خلافا لفرق لانه مملوك من وجهه اذ هو حريدا ولونوى المذكور فقط لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع أن طائفة من الاصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل المملوك المشترك والجنين الا أن يعنهم ولا عبيد عبيد التاجر وهو قول أبي يوسف الا أن ينويهم وسواء كان على العبد التاجر دين أو لا وفي قول محمد يعتقون نواهم أو لا عليه دين أو لا وعلى قول أبي حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذ نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولولم نواهم ولو قال غنيت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما سملكه اذ املكه لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته في ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل ولا يخفى أن التعديل يرشد الى أن عتق ما هو في ملكه مع هذه النية انما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مالك في كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فان قلت ما الفرق وفي الوجهين تخصيص العام فالجواب أن كلهم تأكيده للعام قبله وهو مالك لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فان الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص (قوله ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكر لم يعتق) سواء ولدت لستة أشهر من وقت القول أو أقل أما اذا ولدت لستة أشهر فلان اللفظ أي لفظ كل مملوك لي للحال على ما ينما من وجهه وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده لحاز أن لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم يقل لا يعتق بالشك لانه لا شك لان الظاهر أن مدة الحمل لا تكون الا أكثر من ستة أشهر وأما اذا ولدت لأقل من ستة أشهر فلان التسقن لوجوده حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق انما ينصرف الى المملوك بالاصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا لاسمه كعضو من أعضائه حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى

وقوله (لان قوله كل مملوك لي للحال) قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون بمملوك له في الحال اذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء وقوله (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر) ظاهر ومعناه أن المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل على ما ذكر في الكتاب وقوله (وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل) فيدخل الحمل تبعا باناء على أن هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وأمهات الأولاد حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء (قوله كل مملوك لي يومئذ الى قوله فهو حر) أقول قالوا المتبدا اذا تضمن معنى الشرط يدخل في خبره الفاء نحو كل رجل يأتي فيله درهم فهنا كذلك فتأمل (قوله قيل لأن اللام للاختصاص) أقول صاحب القيل تاج الشريعة وفي كلامه تأمل

(وان قال كل مملوك لى أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشتري مملوكا آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لا الذى اشتراه بعده وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فان أملكه الحال وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لأنه المقصود وقوله لان قوله أملكه الحال (٤١٨) حقيقة بالرفع ليكون خبران ويجوز ان نصب على التمييز قال صاحب النهاية

وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهى أنه مشترك بين الحال والمستقبل وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك فى كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليها على سبيل البديل ويرجع أحدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد هنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم وأقول قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة بأبي قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل فى أحد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى أنه حقيقة فى الاستقبال مجاز فى الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء مصرية المملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول

(وان قال كل مملوك أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشتري آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لان قوله أملكه الحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة والاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه الحال فكان الجزاء مصرية المملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتره بعد اليومين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشتري مملوكا آخر فالذى كان عنده وقت اليومين مدبر والاخر ليس مدبر وان مات عتق من الثلث)

بغذاؤها كما يتغذى العضو به ولهذا لا يملك معه منفردا بل تبعاً للحامل والدليل على أنه لم يعتق بقرينة الشرع نفساً مملوكة أنه لا يجزئ عن الكفارة ولا تجب صدقة قطره قال المصنف رحمه الله وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الانثى فتدخل الحامل فيعتق جملها تبعاً وهذا بناء على ان لفظة مملوك امالذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وان كان التأنيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالتأنيث فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث وأما ان الاستعمال استمر فيه على الأعمية فوجب اعتباره كذلك (قوله وان قال كل مملوك أملكه حر بعد غد) يعنى أن بعد غد ظرف لغيره لا لملكه (أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك واحد) فى الصورتين (فاشتري آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى كان فى ملكه يوم حلف) دون المشتري ولطف بعد غد بالرفع لانه فاعل لجاء لا ظرف ووجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال وكذا لفظ أملك للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا فينبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة ولذا استعمل فيه من غير قرينة وفى الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كاستناده الى متوقع واقضائه طلباً على ما عرف فى النحو وهذا أحد المذاهب لاهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى فى المحيط حيث قال أملك وان كان حقيقة فى الاستقبال الا أنه صار للحال شراً كما فى الشهادة وعرفا يقال أملك كذا درهما فكان كالحقيقة فى الحال والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال وهو الذى أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظناً أن مذهب النجاة ليس الا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيدييه وأعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بأن قول المصنف انه للحال لا يدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك حقيقة فى المعنيين اه فترك النظر الى قول المصنف ولذا يستعمل له بغير قرينة وفى الاستقبال بقرينة وهذا صريح فى أنه فى الاستقبال مجاز لانه هو الشرط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النجاة بل المذاهب الثلاثة وما اختاره المصنف رحمه الله مذهب المحققين منهم كالى على القارىنى وغيره واستدل عليه بما ذكره المصنف من أنه لا يراد بالاستقبال الا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال وأما اختيار عكسه كما فى المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبي حنيفة فكان ينبغي أن يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور وأما تقريره على الاشتراك فغاية ما وجهه به أن تعين الحال بقلبه الاستعمال عند عدم القرينة أى المعينة لاحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو أسافر وأزوجه فانه محفوف بقرينة الاستقبال وهى المشاهدة واذا ثبت أنه يراد به الحال على اختلاف التخرج كان الجزاء مصرية مملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال (قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشتري آخر ثم مات فالذى كان عنده مدبر) مطلق لا يصح

ما يشتره بعد اليومين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتى وله مملوك فاشتري آخر فالذى كان عنده مدبر) مطلق (والاخر ليس مدبر) مطلق بل هو مدبر مقيده جازله أن يبيعه (وان مات عتق من الثلث) مشترك بين يديه

(قوله وقال بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى

(وقال أبو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف) بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد عينه) لأن اللفظ حقيقة الحال على ما بينا وهو مراد فلا يجوز أن يكون غيره مراد على أصلنا (وله ما أن هذا الإيجاب عتق وإيصاله) أمانته الإيجاب عتق فبقوله كل مملوك أملكه أولى فهو حر وأمانته إيصاله فبقوله بعد موتى (ولهذا اعتبرت من الثلث وإذا كان كذلك) ففي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة) أي المترتبة (والحالة الراهنة) أي الحاضرة سميت بالراهنة لأن الرهن هو الحبس والمرتمن (٤١٩) محبوب من فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها كذا في الشروح ألا ترى أنه يدخل

في الوصية بالمال ما يستفيد بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان يدخل فيها الموجود عند موته واولاد بعده اذا عاش الى وقت موت الموصي والايجاب إنما يصح مضافا الى الملك أو الى سببه فهذا الكلام من حيث انه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة لا بصير الإيجاب مضافا الى الملك فيصير مديرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه إيصال يتناول الذي يشترطه اعتبارا للحالة المترتبة وهي حالة الموت ويصير مديرا بعده ولا يصير مديرا قبله كالذي كان في ملكه لانه لم يتناوله الكلام حالة التملك لان من حيث الإيجاب لعدم الإضافة الى الملك والى سببه ولا من حيث الإيصال لانه يكون عند الموت فكان حال التملك استقبالا محضاً لم يتناوله اللفظ فلا يصير مديراً حال التملك وانما هو عند الموت اذا كان موجوداً في ملكه يصير كانه قال كل مملوك لي أو أملكه فهو حر

وقال أبو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد عينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له أن اللفظ حقيقة الحال على ما بينا فلا يعتق به ما سمي له ملكه ولهذا صار هو مديراً دون الآخر (وله ما أن هذا الإيجاب عتق وإيصاله حتى اعتبرت من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة) ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيد بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولده بعدها

بيعه بعد هذا القول والذي اشتراه ليس عبد مطلق بل مديراً مقيداً حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقاً بجميعا من الثلث ان خرج منه عتق جميع كل منهما وان ضاق عنهما يضرب كل منهما بقمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن أبي يوسف في النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد عينه وانما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر وهذا لأن اللفظ حقيقة الحال على ما بينا من أن المضارع الحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سمي له ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مديراً في الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان في جواب المسئلة فأوجب المروى عن أبي يوسف وأيضاً لو لم يرد به الحال فقط فاما أن يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم ما نعيم المشترك أو استعماله في حقيقة نفسه وبجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عنده ملكه لانه حينئذ في المعنى كل مملوك لي أو أملكه مديراً وكذا اذا أريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب اليه محمد رحمه الله فيمن قال كل مملوك أملكه غداً فهو حر ولا يملكه غداً فيجتمع في ملكه غداً من كان مملوكاً حال التكلم أو ملكه الى غداً خلافاً لابي يوسف فان على قوله لا يتناول الا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيراً مطلقاً على قول محمد كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت مديراً وهو منتف أو يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك أملكه الى سنة أو شهر أو الى أن أموت أو أبدأ الزم أن لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مديراً وهو منتف فطلت الاقسام فتنين الاول وهو أن يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولا زمة ما ذكرنا وعرف من هذا أن صور التراكيب ثلاثة أقسام ما يتناول الحال فقط اتفاقاً وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر ولا يملكه فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقاً وهو كل مملوك أملكه الى سنة ونحوه وما فيه خلافهما وهو نحو كل مملوك أملكه غداً في قول محمد رحمه الله يعتق في الغد من كان في ملكه والمستحدث خلافاً لابي يوسف وقول محمد أقس عسئلته يومئذ بقليل تأمل (قوله وله ما أن هذا) أي مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما في بعض الشروح (إيجاب عتق وإيصاله) لأن حاصل التدبير إيجاب العتق مضافاً الى ما بعد الموت وهذا هو الإيصال به فوجب أن يعمل بمقتضى كل من الإيجاب والإيصال للذين هما معنى التدبير ومقتضى إيجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيراً مطلقاً لا يجوز بيعه ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة أي الحباسة لما فيها والرهن هو الحبس وزمن الحال هو الحبس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة أيضاً للاتفاق على أنه لو أوصى بثلاث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو أوصى لولد فلان ولولده فولده بعد ذلك أولاد دخلوا واستحقوا الموصى به

لدخوله حينئذ تحت الحال المترتبة فيصير مديراً بالكون العتق في المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك أملكه أولى حر بعد غداً على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصال والحالة محض استقبال لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة الى الملك والى سببه فافترا على هذا

(قوله ليصير الإيجاب مضافاً الى الملك الخ) أقول نفسه تأمل

قوله (والايجاب انما يصح مضافا الى الملك) معطوف على قوله وفي الوصايا معنى لأن يكون جواب سؤال مقدر كاذب اليه بعض الشارحين قال وهو أن يقال ينبغي أن لا يتناول الايجاب (٤٣٠) المشتري أصلا في الحال ولا في المال لان تناول انما يكون مضافا الى الملك

والايجاب انما يصح مضافا الى الملك أو الى سببه فن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مديرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه باعتبار الحالة المترتبة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة الملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترا قالوا لا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لاننا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

وانما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيل الغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كأنه قال عند الموت كل عبد لي حري فاعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد أملكه غدا فهو حر ليس فيه الاجهة واحدة هي جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل في الحال ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنييه أعنى لفظ أملكه وهو ممنوع عندنا أورده المصنف وأجاب بأن الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضي في الأصول والالم يمنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين ولو أمكن أن يقال ان لفظه أوجب تقدير لفظ اذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله كل عبد لي حري فاعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقق مقصود الوصية من الثواب والبر لا يحتاج وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مديرا مطلقا وانما يحتاج اليه عند موته فلا تتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريح لانه لم يتناول الا الحال ولا المقدرة لتأخير تقديره الى ما قبل الموت فلا يكون مديرا مطلقا ولا مقيدا كان دافعا للاشكال **فروع من تعليق العتق** قال لعبد ان يعتق فأنت حري فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعتق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا أن يكون البيع فاسدا فاعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسلحه الا أن يكون المشتري تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في البسيط وحقبة الوجه أن يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهم ما معان يعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله ولو قال لعبد ان دخلت فأنت حري فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انخلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انخلت اليمين زوال الجزء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فأنت حري فباعه فدخل احدهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط اذا كان مجموع أمرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبينامثله في الطلاق ولو دخل احدهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت فأنت حري اذا كتبت فلا نأقباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلا نألم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير أنه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كأنه قال عند الدخول الكائن في غير ملكه أنت حري اذا كتبت فلا نألم العتق كالتجزع عند وجود الشرط واليمين لا يعتق في غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فأنت حري بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالتجزع عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح

أو الى سببه وليس أحدهما في حقه بوجود فأجاب بأن تناوله باعتبار الايصاء لا الايجاب الخالي وقوله (ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال) إشارة الى جواب أبي يوسف ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام لان الحقيقة والجازم صفات اللفظ وفيه نظر لانه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق في الحال أو كونه ايصاء فقط ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حينما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمتنظرة فيدخل تحتها ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت وأما ما بينهما فليس بدخل تحتها فلا يصير المستحدث مديرا حتى يموت لعله كان أسهل تأثرا وأسلم من الاعتراض والله أعلم

(قوله ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين الخ) أقول المراد هو الجمع بينهما في لفظ أملكه أو مملوك لي بجهتين

مختلفتين على ما هو مذهب العراقيين (قوله فيدخل تحتها ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت الخ) أقول يبقى الكلام في دخولها تحتها فان أملكه للحال وكذا مملوك لي فان قيل يدخل الملك المستحدث بأن يراد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت قلنا حينئذ يكون كل منهما مديرا مطلقا على ما صرحوا وهو منتف

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للانسان من شئ على شئ بفعله وكذلك الجعالة بالكسر وانما آخر هذا الباب لتكون المال غير أصل في باب العتق (ومن أعتق عبده على مال) أي مال كان من عروض أو حيوان أو غيرهما (مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم) أو على أن لي عليك ألفاً وعلى ألف تؤذيها أو على أن تعطيني ألفاً وعلى أن تجيئني بألف (فقبل العبد عتق) ساعة قبله لا يقال كلمة على الشرط فيكون العتق معلقاً بشرط أداء ألف كقول قال أن أدت إلى ألفاً لا لما قبلها (٤٣١) انما تكون الشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في

الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال

بل لما قبل لان الكلام فيما اذا كان مراده التخيير

بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية

دلالة الحال (وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة

المال بغير المال اذا العبد لا يملك نفسه) فقبوله اذا العبد

لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال

وهو يحتمل وجوهاً أحدها أن العبد لا يملك نفسه من

حيث المالك لانه مال فلا يملك المال واذا لم يملكه

كان ما بذله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس

بشئ لان المولى يملكه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال

والثاني العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة إلى

نفسه لكونه مبيعاً على أصل الحرية بالنسبة اليه ولهذا

صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما

واذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته بالاعتاق أو بيع نفسه منه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال

الشروح وهذا أيضاً ليس بشئ لان العبد مال بالنسبة إلى مولاه وان لم يكن مالاً بالنسبة إلى نفسه فكان ما بذله في مقابلة مال عند المولى

والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطاً لم يدخل به في يده شئ من المال غاية ما يقال انه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست

باب العتق على جعل

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذا العبد لا يملك نفسه

الافى الملك أو مضافاً اليه واذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته ولو علق عتق عبداً مشتركاً بينه وبين غيره ثم اشترى باقية ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان النصف والعتق ينجز أ عند أبي حنيفة فيسحق في قيمة نصفه لسببه وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شئ لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو جار أو قال أحد كاحر أو قال هذا أو هذا عتق عبده عند أبي حنيفة وان لم ينو وقال لا يعتق الا أن ينو به ومثله وأصله من في الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد أنه اذا جمع بين عبده وأسطوانة وقال أحد كاحر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية للعزم ولو قال هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لها كقوله هذا حر أو لا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فأنت حرف شهد فلان وأخر أنه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متم فصح شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو وأخر أنه كلف لم يعتق لان فلان في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد اثنان فلان أنه كلم أباهما فان جحد لأب جازت شهادتهما لانهما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهم ما يوجد الشرط وان ادعاه أبوهما فعند أبي يوسف هي باطلة وعند محمد جائزة لانه لمنفعة للشهود به لا يسمان فمحمد يعتبر بالمنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر بمجرد الدعوى والانكار لان شهادتهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح والله أعلم

باب العتق على جعل

آخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزها ومعلقها كما أخرجنا لخلق في الطلاق لان المال في هذين البابين من الاسقاط غير أصل بل الاصل عدمه فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل والجعل ما يجعل للانسان على شئ بفعله وكذا الجعيلة ويقال الجعالة ضبط جميعها بالكسر في الصحاح وفي غيره من غريب الحديث للفتى ودبوان الادب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان (قوله ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم أو على أن لي عليك ألفاً وعلى ألف تؤذيها أو على أن تعطيني ألفاً وعلى أن تجيئني بألف أو بعتك نفسك بألف أو وهبتكها على أن تعوضني ألفاً فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب الولاء

باب العتق على جعل

(قوله لانه مال فلا يملك المال) أقول هذا لا يدل على المقصود اذا المدعى انه لا يملك نفسه بعد أداء البدل (قوله وهذا أيضاً ليس بشئ) أقول قوله ليس بشئ ليس بشئ فان المراد أنه لم يحصل في يده شئ من المال على ما هو الشأن في معاوضة المال بالمال وكونه مالاً بالنسبة إلى مولاه لا يفيد ذلك (قوله والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطاً) أقول ضمير لكونه راجع إلى العقد

بمال لا محالة فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال بل ما هو قوة شرعية وهذا أقرب منهما وإذا ثبت أنه معاوضة ففي قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فإذا قبل صار حراً وان رد أو أعرض عن المجلس بالقيام أو بالاستغفار بما يعلم به قطع المجلس بطل فإذا قبل صار ما شرط ديناً عليه حتى تصح الكفالة به لأنه يسعي وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق (٤٣٣) فكان ثبوته على خلاف القياس إذا القياس ينفي أن يستوجب

ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فإذا قبل صار حراً وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف وإطلاق لفظ المال ينظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة المال بغير المال فشا به النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس ولا تضر جهالة الوصف لأنها يسيرة

بعوض وبلا عوض لأنه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع وكما إذا أطلقها على مال فقبلت وهذا لأن المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والاجتماع العوضان في ملكه حكم المعاوضات وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك أن كان حاضر أو كان غائباً اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال ديناً يطالب به بعد الحرية وإن رده أو أعرض ما بالقيام أو باستغفاله بعمل آخر بطل وليس له أن يقبل بعده وإذا صار ديناً على حر صحت الكفالة به وعليه ما ذكر في الأصل أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئاً فليس على المولود من ذلك المال شيء لأنه ليس على الوارث من دين المورث شيء ولو كانت أعطته في حال حياته كقبول المال الذي أعتقه عليه جاز لأنها حرة مدونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لأنه دين ثبت مع المنافي لثبوته بالشروع اضطرورية حصول المعتق للعبد والبذل للمولى فيستقدر بقدره فلا ينعدي إلى الكفيل والمنافي هو الرق فانه ينفي أن يكون للمولى على مرقوقه دين ولأن الكفالة إنما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المدين عنه الإبداء أو البراءة من له وبذل الكتابة يسقط بدونه ما بان بحجر نفسه وكما تصح الكفالة به جاز أن يستبدل به ما شاء يدا بيد لأنه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز أن يستبدل به كالإيمان ولا خيرة فيه نسبة لأن الدين بالدين حرام (قوله وإطلاق لفظ المال) أي في قوله على مال ينظم أنواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كإتة فقير حنطة وإن لم يقل جيدة أو صعيدية وكفرس أو حماراً أو عبداً لأن الجهالة يسيرة فتكتمل لأنه معاوضة مال بغير المال فشا به النكاح وعلل المصنف كونه معاوضة مال بما ليس بمال بأن العبد لا يملك نفسه يعني الحاصل له في مقابلة المال ليس ما لا لان نفسه بالنسبة إليه ليس ما لا لأنه مبقى على أصل الحرية بالنسبة إلى نفسه حتى صح إقراره بالحدود والدين وإن تأخر عنه إلى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد وفيها يغتفر ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوب بعد تسمية جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما في المشهور وهو مذهب مالك وأحمد ولو لم يسم الجنس بان قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو أدى إليه العبد أو العرض فاستحق إن كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله وقد عتق أن القيمة في مثله مخلص وإن كان معيناً بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو الثوب أو بعثتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجوع على العبد بقيمة نفسه عند أي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف إذا هلك قبل التسليم وإذا كان الحكم أنه لو اشترى

المولى الدين على عبده فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للكتاب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد إلى الكفالة وقوله (وإطلاق لفظ المال ينظم أنواعه من النقد) يعني في قوله (ومن أعتق عبده على مال وقوله (فشا به النكاح) يعني إذا شا به ذلك جاز أن يثبت الحيوان ديناً في الذمة هنا كما جاز ذلك في تلك العقود (وكذلك الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس) كما إذا أعتقه على مائة قفيز حنطة (ولا يضر جهالة الوصف) بأن لم يقل أنها جيدة أو رديئة ربعية أو غير ربعية فان جهالة الوصف لا تنعكس صحة التسمية لكونها يسيرة

قال المصنف (وإطلاق لفظ المال ينظم أنواعه الخ) أقول قال تاج الشريعة يريد به النوع بأن قال فرس أو حمار انتهى يعني يريد المصنف بقوله والحيوان النوع بأن قال الخ لكن

بقى ههنا بحث يظهر وجهه من كلام ابن الهمام في شرحه حيث قال ويلزمه الوسط من تسمية الحيوان والثوب شيئاً بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما هو المشهور وهو مذهب مالك وأحمد ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه انتهى وأنت خير بأن جواب هذا البحث يظهر من التأمل في كلام المصنف ألا ترى إلى قوله إذا كان معلوم الجنس

(ولو علق عتقه بأداء المال صح) لان هذه الصيغة أعني قوله ان أدبت الى ألف درهم فانت حرة صيغة التعليق فيعتق عتقه بأداء المال كالتعلق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد بده ولولي (٤٣٣) أن يبيعه قبل الاداء كافي التعليق بسائر

قال (ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول ان أدبت الى ألف درهم أنت حر ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتباً لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما بين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراعاة التجارة دون التكدى فكان اذنا له دلالة (وان أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضاً بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف عين اذ هو تعليق العتق بالشروط لفظاً ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط

شياً بعبد الغير صح البيع فكذا هنا الآن في البيع اذ لم يحز مال العبد يفسخ العقد وهذا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا في المال جنسه أو مقداره بأن قال المولى أعتقتك على عبد وقال العبد على كثر حنطة أو على ألف وقال العبد على مائة قال قول للعبد مع عيـنه وكذا لو أنكر أصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبيـنة بينـة المولى اما لاثبات الزيادة أو لانه ثبت حق نفسه ببيـنته ولو كان هذا الاختلاف في مسألة التعليق بالاداء وهي التي تلي هذه المسألة أعني قوله ان أدبت الى ألفا فانت حر فالقول قول المولى مع عيـنه لان التعليق بالشروط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فان العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما ما في الدين الواجب عليه أما هنا فـلا يعتق بالاداء وانما الاختلاف بين ما يـمـا يقع به العتق فكان القول للمولى فان أهما البيـنة فالبيـنة بينـة العبد اذ لا منافاة بين البيـنتين لانه يجعل كان الامرين كأنافى الشرطين أتى به العبد يعتق ولان البيـنتين للالزام وفي بيـنة العبد معني الالزام أتم فانه اذا قبلت عتق العبد بأداء خمسة مائة وليس في بيـنة المولى الزام فانه اذا قبلت لا يلزم العبد أداء المال هكذا فاعرف هاتين البيـنتين ولو قال المولى أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع عيـنه لانه أقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد غائباً ثم العبد يدعى بوجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كـما لو قال قلت لك أمس أنت حر ان شئت ولم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشتري لان الفاضل أقر بالبيع ولا يتحقق البيع الا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما قبله (قوله ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول ان أدبت الى ألفا فانت حر ومعنى صح قوله أى التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتباً لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما بين في خلاصة زفر والكتابة ليست صريحة في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد مأذوناً بضرورة الحكم الشرعي بصحة هذا التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الاداء وذلك يقتضى أن يتمكن شرعاً من الاكتساب حيث علق عتقه بأداء المال ويستلزم طلب المولى منه المال فلزم أن يجعله مأذوناً لانه الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصاً عادة المتحققين بصفة أنهم موالى العبيد هو التجارة لا التكدى لانه خسة يلحق المولى عارها لـكنـه لو اكتسب منه فأدى عتق لوجود الشرط (قوله وان أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق من عن المبيع وبذل الاجارة وغيرها أن ينزل قابضاً بالتخلية بينه وبينه بأن يكون بحيث لو متبده أخذه وعلى هذا فمضى نسبة الاجبار لهما كم أن يحكم بأنه قبض هذا إذا كان العوض

الشروط وقوله (من غيـر أن يصير مكاتباً) يعنى لا تثبت أحكام المكاتبين حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمسواه ولا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من أكسابه ولو كاتب أمـة قولت ثم أدت لم يعتق ولدها ولو حط المال أو أبرأه المولى لم يعتق ولو كان مكاتباً لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع وقوله (ومراعاة التجار) يعنى من الترغيب في الاكتساب لانها هي المشروعة عند الاختيار (دون التكدى) لانه يدنى المراء ويخسه وقوله (وفي سائر الحقوق) يريد به الثمن وبذل الخلع وبذل الكتابة وما أشبهها وقوله (أنه) يعنى المولى (ينزل قابضاً بالتخلية) برفع المانع سواء قبض أولم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب أو الحبس وقوله (اذ هو تعليق العتق بالشروط لفظاً) احتراز عن الكتابة فانه ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبد كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم ألفاظ الشرط

فيه وقوله (ولهذا لا يتوقف على قبول العبد) توضيح لكونه تصرف عين وقوله (ولا جبر على مباشرة شروط الايمان) متصل بقوله لانه تصرف عين وقوله (لانه لا استحقاق) تقريره لاجبـراً لا باستحقاق ولا استحقاق (قبل وجود الشرط) ولهذا يمكنه البيع قبل الاداء

وقوله (بخلاف الكتابة) متصل بقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا وقوله (لانه) أى لان عقد الكتابة (معاوضة وبالدل فيها واجب) فكان الجبر بعد الاستحقاق (ولنا أنه تعليق نظرا الى اللفظ) كذا كرنا (ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه معلق عتقه بالاداء الا ليحتمل على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ) بان يقول ان أدبت الى ألفا فانت طالق (حتى) لو طلقها بهذه الصفة (كان بائنا جعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفع الضرر عن المولى حتى لا يمنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المولد قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد) فانه ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل لا يمكن جعله معاوضة أصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك للمولى لانه قبل الاداء عبد وهو وما في يده ماله واحببنا له ما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذى ينائب شرط صحته اقتضاء (٤٣٤) وهو أن يصير العبد أحق بالمودى فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء

بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا أنه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه معلق عتقه بالاداء الا ليحتمل على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا جعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفع الضرر عن المولى حتى لا يمنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المولد قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول صحبا أمالو كان خيرا أو مجحولا لجهالة فاحشة كالمال كان قال لمان أدبت الى كذا خيرا أو توبيا فانت حر فادى ذلك لا يجبر على قبولهما أى لا ينزل قابضا الا ان أخذه مختارا أو أمانا عدم العتق في قوله ان أدبت الى ألفا فجبرت به فانت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لطلان معنى المعاوضة ولذا ان كان قال ان أدبت الى ألفا حج بها يجبر على القبول لان الاداء ان تمام الشرط والحج وقع مشورة وقال زفر لا يجبر على القبول أى لا ينزل قابضا بالقبض بل ان أخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه تصرف عيني اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان عينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على أن يأسر الانسان سبياً واجب عليه شيأ بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا أتى به أما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم أن الكتابة قد ثبتت بصيغة الشرط اذا حلف بما يقتضيه كقوله ان أدبت الى ألفا كل شهر مائة فانت حر فانه يصير مكانه بالاجور بيعه كذا ذكره في الدراية مقتضرا ونسبه الى الخزائن والمسئلة في مبسوط شمس الأئمة وذكر أن هذا هو المذكور في نسخ أبي سليمان وفي نسخ أبي حفص لا يكون مكانه ببيعته لانه تعليق بشروط وهو أن يؤدي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية أبي سليمان أنه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للعاني لا للالفاظ واستشهد لابي حفص بما لو قال ان أدبت الى ألفا في هذا الشهر فلم يؤديه فيه وأداه في غيره لا يعتق اتفاقا وأجيب بأنه ليس في هذا تنجيم والمسئلة تحتل التأمل (قوله) ولنا أنه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه معلق عتقه بالاداء الا ليحتمل على

وصار كذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب ما قبل الكتابة فانه يصير أحق بذلك المال حتى لو أدى ذلك عتق كذا في النهاية وغيره منسوبا الى مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين أحدهما أن ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من اثباته والثاني أن حصول شرط صحة الشيء عبارة لا يقتضى صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب في الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها وهى معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلا يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة

(قوله) لأن البدل والمبدل الخ أقول فيه أن المبدل هو

ثبوت القوة الحكيمة كاسبق وليس ذلك ملك للمولى ولا تمس الحاجة في تميم السؤال الى كون المبدل في ملكه بل يكفي حصوله دفع بسببه ومن جهته فليست امل (قوله ملك للمولى) أقول يعنى رقية وتصرفا (قوله وفيه نظر من وجهين الى قوله فلا بد من اثباته) أقول يكفي في اثباته ما ذكر المصنف ولم يتم ما عورض به لتوجه المنع الى قوله كلاهما عند الاداء ملك للمولى وسنده أنه يجوز أن يكون ملك العبد سابقا على الاداء بطريق الاقتضاء فيندفع النظر الثاني أيضا فان مرادنا الجيب أنه يجوز أن نحصل الصحة مع شرطها كالا يخفى فليست امل (قوله ولعل الصواب في الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها) أقول كيف يكون قائما فيها وليس للمولى ولاية التصرف في ماله ويجوز اشتراط شخص ماله بجماله لاستفادة ولاية التصرف فيه صرح به في المراجعة والتولية وغيرهما وفي التعليق ليس كذلك (قوله) فلان يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى) أقول فيه بحث اذ لا كلام لاحد في صحة العتق على مال وانما النزاع في الاجبار على القبض ووجود معنى التعليق فيه يمنع من الاجبار ولا يفيد الاولوية بالطريق فالمال الى ما نقل عن شيخ الاسلام كالا يخفى على أولى الانهزام (قوله فلا بد من اثباته) أقول يكفي في اثباته ما ذكره المصنف

دفع المال فينال العبد شرف الحرية من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهو معنى المعاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان أدبت الى الفقاقت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تأخر هذا الاعتبار الى وقت أدائه اياه ويلزم اعتباره مكاتبا لان ما بالضرورة يتقدم بقدرها فيثبت ملكه لذلك قبضه ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الابراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البذل والمبدل للمولى لان على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد أجيب بأن هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا يتم ان أريد بالمبدل العتق أما ان أريد به الاعتاق الذي هو فعله فلا ولو حوّل تقرير الاشكال الى أن المال ملك السيد فكيف يعتق بأدائه وان أنزل مكاتبا كما أن المكاتب لا يعتق بأداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فإنه يدفع الاشكال كيفما قرر فأما ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والالتصّرر السيد ان يعتنق بعه عليه ويصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع أنه لم يجب عليه أداء مال وتسرى الحرية الى المولد لامة المعلق عتقها بالاداء بخلاف ما لو كان عبد الان رق الولد وحرّيته تابعة لامة والحاصل أنه ثبت له جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه أى على ترتيب مقتضى كل شبه عليه ونخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضى اعتباره تعليقا وبعضها يقتضى اعتباره معاوضة - إلا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها إلا ما هو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المؤدى زبوا فان له أن يرجع بقدره جيا دأوما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وانزاله قابضا إذا أنابه وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره بالنسبة الى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة الاولى ما اذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى ولا يؤدى منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة الثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للمولى حظ عني مائة فخط المولى عنه مائة وأدى تسعة مائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو أبرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عتق كذا ذكرها والظاهر أنه لا موقع لها اذا الفرق بعد تحقق الابرأ في الموضوعين يكون الابرأ لا يتصور في هذه المسئلة لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو رد عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند أبي يوسف نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فإنه لا خلاف في أنه يجب أن يقبله ويعتق قابضا ووجه قول محمد أن وجوب القبول وانزاله قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير أنه لو قبضه عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملاك لما عرف في الايمان بالطلاق وقول أبي يوسف عندي أوجه لان الكتابة التي تبطل بالبيع هي القائمة عنده وأنت علمت أن انزاله مكاتبا انما هو في الانتهاء وهو ما عند أدائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس إلا أحكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعا فتبطل وقد فرض بقاء هذه الميكن واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت أحكامها ومنها وجوب القبول اذا أتى بالمال السابعة أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق ما لم يؤدى في ذلك المجلس فلما اختلف بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظه ان فان كان لفظه متى أو اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدى بخلاف المكاتب التاسعة أن السيد أن يأخذ ما ينظره مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب العاشرة أنه اذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه

(قوله ويعتق) لعل صوابه
ولا يعتق لعدم وجود شرط
العتق وهو الاداء للمولى كذا
بهامش نسخة الشيخ
البحراوى

وقوله (فعلى هذا) أى على العمل بالشبهين (بدور المعنى الفقهي ونخرج المسائل) المتعارضة يعنى أن قوله ان أدبت الى ألف درهم فانت
 سراً الحق في بعض الاحكام ببعض التعليق وهي ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره والحق في بعضها بالكتابة من
 جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود علمنا بالشبهين شبه التعليق في حالة
 الابتداء وشبه المعاوضة في حالة الانتهاء كافي الهبة بشرط العوض فانما هبة ابتداء حتى لم تجز في المشاع واشترط القبض في المجلس
 وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة في العقار ويرد بالعيب ولو أدى البعض يجبر على القبول لان الذى أتى به
 بعض تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار على (٤٣٦) قبول الكل ثبت في البعض كافي الكتابة وهذه رواية الزيادات وقيل هو

استحسن وما ذكر في
 فعلى هذا يدور الفقه ونخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو أدى البعض يجبر على القبول الا
 انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وأدى الباقي ثم لو أدى ألفا كتسبها قبل
 التعليق رجع المولى عليه وعق لا يستحقها ولو كانا كتسبها بعدهم رجع عليه لانه ما أدون
 من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان أدبت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا أدبت
 لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى

كان السيد فمأخذه بخلاف المكاتب الحادية عشرة لو اكتسب العبد ما قبل تعليق السيد فأداه بعده
 اليه عتق وان كان السيد يرجع عنه على ما سجد كرخلاف الكتابة لا يعتق بأدائه لانه ملك المولى الآن
 يكون كاتبه على نفسه وماله فانه حينئذ يصير به أحق من سيده فاذا أدى منه عتق (قوله ولو أدى البعض
 يجبر على القبول الا أنه لا يعتق) لان شرط العتق أداء الكل ولم يوجد كالحط عنه البعض وأدى الباقي
 فانه لا يعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب عليه قبوله فكما يجب
 قبول الكل يجب قبول بعضه ولا خفاء في ورود منع هذه الملازمة وذلك لان وجوب قبول الكل لان به
 يتحقق شرط العتق الذى هو حق العبد وليس أداء البعض كذلك الا اذا كان في ضمن الكل فانه يجب
 قبوله باعتبار أنه محقق للكل لا باعتبار أنه بعضه فلذا كان في هذه المسئلة خلاف وما ذكره المصنف هو
 المذكور في الايضاح وذكر شيخ الاسلام أنه لا يجب قبوله كما ذكرنا وذكر في شرح الطحاوى أن عدم
 وجوب قبوله قول أبي يوسف وأنه القياس والاستحسان هو أن يجبر على القبول كالمكاتب والوجه وهو
 وجه الاستحسان أن وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يجبر عن أداء الكل دفعة وما
 تحمل مشقة الاكتساب الا ذلك الغرض فلو وقضاه على تحصيل الكل ذهب تحمله كدسعيه خالي عن
 غرضه ومما تقدم يعلم أن السيد لو خطفه منه قبل أن يأتيه به جاز ولا يحتسب له به من أداء الشروط
 (قوله ثم لو أدى ألفا) كتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه) بمثلها أما العتق فلو وجد
 الشرط وهو أداء ألف حتى يعتق لو كانت ألفا مقصوبة لانه لا يجب عليه قبول المقصوبة وأما رجوع
 المولى بمثلها فلا يستحقها اياه وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها لاضافة لأصدر الى المفعول وهو تمليل
 للرجوع وهذا لانهم املكه والعبد وان قلنا انه ملك ما كتسبه عند الاداء وبصير عنده كالمكاتب
 لكن ذلك فيما كتسبه بعد التعليق وهذا الوجه النظر في الغرض وهو أن يعتقه بأداء ألف يحدث
 حصوله له فيملك ما لم يكن ماله كاله وتلك الالف ليست كذلك فيرجع عنه لانه لا يضر عن المولى
 (قوله ثم الاداء في قوله ان أدبت يقتصر على المجلس) فلما اختلف المجلس بأن قام العبد أو أعرض

استحسن وما ذكر في
 منسوط شيخ الاسلام انه
 لا يجبر على قبول البعض
 لان معنى الكتابة عندنا
 يثبت من حيث انه عتق
 بما أداه الى المولى وانما
 يعتق بأداء الجميع فمالم
 يوجد أداء جميع المال
 لا يثبت معنى الكتابة
 هو القياس الا أنه بأداء
 البعض لا يعتق ما لم يؤد
 الكل لعدم الشرط كما
 اذا حط البعض وأدى
 البعض الباقي لان الشرط
 وجود الجميع فاذا لم يوجد
 بعضه كان كما اذا لم يوجد
 كله واذا حط الجميع لم يعتق
 لانتفاء الشرط فكذلك
 هذا بخلاف الكتابة لان
 المال هناك واجب على
 المكاتب فيتحقق ابرأؤه
 عنه سواء أبرأه عن الكل
 أو البعض ولو أدى ألفا
 اكتسبها قبل العتق رجع
 المولى عليه وعق أما
 الرجوع عليه بألف أخرى

مثلها فلان الالف التي أداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بأدائه لان مقصوده أن يحتمه على الاكتساب أو
 ليؤدى من كسبه فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك وأما أنه عتق فلو وجد شرط الحنث لما أن كونه الالف مستحقة
 لا يمنع كونه شرط الحنث كالمو غصب مال انسان وأداء (ثم الاداء في قوله ان أدبت يقتصر على المجلس) وهذا ظاهر الرواية وعن أبي يوسف
 أنه لا يقتصر عليه كافي التعليق بسائر الشروط وجه الظاهر ما ذكره بقوله لانه تخيير العبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالخيار بمشيئة
 العبد اذا قال أنت حر ان شئت فان قبل قد تقدم أنه يصير مأذونا له في التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا على المجلس أجيب

(قوله وما ذكر في مدسوط شيخ الاسلام الى قوله هو القياس) أقول فوجه القياس تضمن الجواب عن وجه الاستحسان فيكون الاخذ به
 أولى ثم قوله وما ذكره مبتدأ وخبره قوله هو القياس

بأن الأذن يكون في صورة إذا أدبت أو متى أدبت فإن الاداء فيه مالا يقتصر على المجلس ويجوز أن يقال لا تنافي بينهما لجواز أن يكون ما ذونا بالتجارة يقتصر الاداء على المجلس ويخبر فيه ويؤدى المال قبل (٤٣٧) الاقتراق بالابدان (ومن قال لعبده أنت

حر بعد موتى على ألف

درهم فالقبول بعد الموت)

لان هذا الكلام اضافة

ايجاب حقيقة الحرية الى

ما بعد الموت وكل ما هو

كذلك يقتضى أن يكون

القبول بعد الموت لثلايق

القبول قبل الايجاب (فصار

كما اذا قال أنت حر غدا بألف

درهم) لانه اضافة ايجاب

حقيقة الحرية الى زمان

والقبول متأخر اليه لثلا

يقع قبل الايجاب (بخلاف

ما اذا قال أنت مدبر على

ألف درهم حيث يكون

القبول اليه في الحال لان

ايجاب التدبير في الحال) على

ما سيجي فيكون القبول

كذلك (لانه لا يجب المال)

مع قبوله (لقيام الرق) اذ

التدبير يوجب حق الحرية

لاحقيقة انها فيكون الرق قائما

والمولى لا يستوجب ديناً

على عبده بخلاف ما لو اعتقه

على مال لانه ثبت به حقيقة

الحرية والمال يجب على

الحر والمولى قد يستوجب

مالا على معتقه فان قيل لما

لم يجب المال في المدبر على

الالف مال الفائدة في تعليق

التدبير بالقبول أجيب

بأنها بيان أنه يقبل التعليق

بالقبول كالأطلاق والعناق

وان لم يجب المال

(قوله أجيب بأن الأذن الى

قوله لا يقتصر على المجلس)

أقول لا يقتصر على صورة إذا أومتى لا يلائم ظاهر تقرير المصنف فانه وضع المسئلة في ان حيث قال وذلك مثل

أن يقول ان أدبت الخ

(ومن قال لعبده أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال أنت حر غدا بألف درهم بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايحاب التدبير في الحال لانه لا يجب المال لقيام الرق

أو أخذ في عمل آخر ثم أدى لا يعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت لان ان الشرط فقط بخلاف اذا وومتى لالانهم عليه لا يتوقف في أى وقت أدى عتق وعن أبي يوسف أن ان غزلة اذا وومتى وقد بوجه بأن المالم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء في مطلق الوقت فيتخير فيه كالأمر المطلق عن الوقت يتخير في أى وقت شاء وبجواب بأنه المالم يدل على الوقت فانما ثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى أن معنى كونه ضرورياً للفعل أن تحقيق الفعل بدونه لا يمكن فلا يثبت مدلولاً أصلاً فانما ثبت للفعل وقت وجوده أى وقت وجد لا يقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب أن يستثنى مقدار الخنث كما يستثنى مقدار البر في حلقه لا يلبس هذا الثوب وهو لا يسه حتى لم يحث بقدر شغله بترعه فلا يتبدل المجلس بالاداء (فرع) قال ان أدبت الى ألفاً فأنتم احرا فادى أحدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق أدؤهما جميع المال وجعله الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام في المعاوضات ولذا لو أدى أحدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط أدؤهما فلا يتم بأحدهما فان قال المؤدى خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي لأؤديها اليك عتق لان أداء الرسول كداء المرسل فتم الشرط وهو أدؤهما ولو أدى عنهما أجنبي لا يعتق لان ليس أداءه ما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللو أدى أن يرجع على المولى لانه أدى ليعتق ولم يحصل مقصوده فان قال أدؤيها اليك على أنهم احرا أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدى بالمال على السيد اما المعتق فلان قبول المولى على هذا الشرط غزلة الاعناق منه لهم ما واما حق الرجوع فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبي ولو قال هما احرا انى أن أدؤيها اليك فقبلها عتقا لانه رسول عنهما (قوله ومن قال أنت حر بعد موتى على ألف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال أنت حر غدا بألف) فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب في عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر في مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة تؤخر وجوده الى وجود المضاف اليه وهو هنا ما بعد الموت ولو أمكنت اضافة في البيع ونحوه وجب فيه أيضا كون قبول البيع متأخر الى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لانه لا يجب التدبير في الحال لانه لا يجب المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده ديناً صحيحاً واذا عتق بعد الموت لا يلزمه شئ لانه المالم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده وعلى هذا الفائدة في تعليقه بالقبول الا يظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فانت مدبر وصار كما اذا علق تدبيره بدخوله الدار وأورد أن قوله أنت مدبر على ألف هو معنى أنت حر بعد موتى على ألف فينبغي أن يشترط في مسئلة الكتاب القبول في الحال أجيب بان مسئلة الكتاب تصرف بين من السيد حتى لا يمكن من الرجوع وفي الاعيان يعتبر اللفظ وليس في قوله أنت مدبر على ألف اضافة لفظا ليكون عينا فلا يشترط القبول بعده وفي النهاية انما اقترق وقت القبول فاعتبر في الحال في أنت مدبر على ألف لانه قابل الألف في التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت في أنت حر بعد موتى على ألف لانه قابلها بحقيقة الحرية وحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول

قوله لا يقتصر على المجلس) أقول لا يقتصر على صورة إذا أومتى لا يلائم ظاهر تقرير المصنف فانه وضع المسئلة في ان حيث قال وذلك مثل أن يقول ان أدبت الخ

بعد الموت ولا يخفى أن التدبير ليس معناه إلا الاعتاق المضاف إلى ما بعد الموت وذلك هو الثابت في كل من قوله أنت مدبر أو أنت حر بعدموتى بلافراق المعنى واحددل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدد ومن نحو انسان وحيوان ناطق ثم يثبت حق الحرية فرعا عن صحة تلك الاضافة التي هي التدبير لأن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق وأعلم انه روى عن أبي حنيفة في نوادر بشر ابن الوليد اذا قال أنت مدبر على ألف ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه فاذا مات المولى وهو في ملكه وقال قبلت أداء الألف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان في أن القبول بعد الموت وروى عن أبي يوسف فيها أن لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعده وإن قبل كان مدبرا وعليه الألف اذا مات السيد وعن أبي يوسف في الاملاء اذا قال ان مت فأنت حر على ألف درهم القبول على حالة الحياة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين في أن القبول حالة الحياة الا انه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال وذكر السرخسي عن ابن سماعة عن محمد لو قال أنت مدبر على ألف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر في الجامع في مسئلة أنت حر بعدموتى على ألف أن القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في أن القبول بعد الموت كما سوى أبو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك وحينئذ فاقبل انهم أجعوا انه لو قال أنت حر على ألف بعدموتى فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب أن يجعل قول أبي يوسف في قوله اذا مت فأنت حر على ألف أن القبول في حالة الحياة رواية في أنت حر بعدموتى على ألف ان القبول في حالة الحياة بل أولى لان هناك الإيجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك جعل القبول في الحال وهناك الموت مضاف ثم لا يخفى أن الاعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن أبي يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الاحصول للمال عوضا عن العتق والالقال ان اخذت التدبير فأنت مدبر وهذا لان المولى ماضى بعقده لا يبدل وتعليقه بقبول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعى منه اذا المولى يستحق على عبده المال اذا كان بسبب العتق كما في المكاتب وإن لم يستحق عليه بسبب غيره على أن المروى عن أبي يوسف ومحمد في المسئلة انما هو استحقات المال بعد موت السيد وحينئذ يكون حرا فالخاصل تأخر وجوب المال الى زمن حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق وأما وقوع العتق عند القبول فقال المصنف عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة وزاد غيره أو الوصى أو القاضى ان امتنعوا إلا أن الوارث يملك عتقه تقييضا وتعليقا والوصى لا يملكه الاتحيزا فلوقال ان دخلت الدار فأنت حر فدخل لا يعتق واذا أعتقه الوارث فولاؤه لميت لان عتقه يقع له ولذا ان أعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعمله بأن الميت ليس أهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره واعترض بأن الاهلية ليست بشرط الاعند الاضافة والتعليق ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الاتعليق العتق بالموت وأجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بأن هناك الموجود بطلان أهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروجه عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا وهو في ملك غيره ولا يخفى أن هذا ليس دافعا للسؤال وهو أن ما علل به من قوأت أغلبية المعلق لا أثر له وما ذكر من خروج المحل عن محليته عتقه ان أراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بأن انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر في عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد أنه علل بما لا أثر له فأجاب المجيب بإبداء عدلة أخرى أو مانع وقال هذا جواب هذا السؤال والصواب في الجواب أن المصنف حيث علل بأن الميت ليس أهلا للاعتاق لم يبين أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره ومبنى السؤال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده أنه ليس أهلا للاعتاق لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصارا جنيبا عنه وانما يلزم خروجه

وقوله (فالوا) يعني المشايخ (لا يعتق في مسئلة الكتاب) أي الجامع الصغير وهي قوله أنت حر بعد موتى على ألف درهم (وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث) أو الوصي أو القاضي (لان الميت ليس بأهل للاعتاق) في ذلك الوقت قال المصنف (وهذا) أي قولهم لانه لا يعتق مالم يعتقه الوارث (صحیح) بناء على أنه ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وأهلية الموجب شرط عند (٤٣٩) الايجاب وقد عذمت بالموت بخلاف

التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو أنه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا على الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا باعتاق الوارث لا انتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال أنت حر بعده وفي شهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل أنت مدبر على ألف درهم معناه أنت حر بعد موتى على ألف فيكون كمسئلة الكتاب معني فينبغي أن يكون الايجاب في مسئلة الكتاب في الحال حتى يشترط القبول أيضا فنه أجيب بان هذا عين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله أنت مدبر على ألف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط

فالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس بأهل للاعتاق وهذا صحيح قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي يوسف وقال محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين) الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تأخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال أنت حر بعد موتى بشرفاه لا يعتق الا بعتقهم وهم هذا يندفع ما أورده شارح فقال ينبغي أن يعتق حكما لكلام صدر من الأهل في المحل وان كان الميت ليس أهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر في حال أهليته ثم استدل على ذلك بأن القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى أن بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا بشرط أن يكون في ملكه عند نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول ثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل أعنته القاضي ولم يكن لولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لفائدة له نعم يقال اذا كان العتق لا بد منه فما السبب الى نقله الى ملكهم ثم أمرهم بالاعتاق ان كان بسبب انه لاسائبة فلو بقي في ساعة القبول بلام ملكهم لزم السائبة فلم يبق على ملك الميت ويجعل مثل ما هو من حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من أن يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم عونه لان القبول لا يعتبر بعده بل بتقديره وما تقدم من نوادر بشر من قول أبي حنيفة فاذا مات المولى وقال قبلت أداء ألف عتق ظاهر في عدم تأخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل به ذلك الشارح أيضا مع أن في المسئلة خلافا كما يفيد قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتأخرين من قال ينبغي أن لا يعتق مالم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا أصح فانه يفيد بعد ثبوت الخلاف ثم يقول العتق ما وقع الامن الحى لان العتق بقوله أنت حر المعلق أو المضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول أثره بعد موته الا أنه يبقى عليه اشكال هو لزوم أن يبقى على ملك الميت شهر افيما اذا قال أنت حر بعد موتى بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصر هاله أثره فان الموجب حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيهما وسيأتي لبعضهم فرق في الباب بعده (قوله ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين مثلا) أو أقل أو أكثر (فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه) أي على العبد (ففيه عند أبي حنيفة في قوله الآخر وهو قول أبي يوسف وفي قوله الاول وهو قول محمد عليه قيمة خدمة أربع سنين) أما العتق فلا نه جعل الخدمة وهي معلومة اذهي خدمة البيت المعتادة في مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبولها كما في غيره من المعاوضات لانه صلح عوضا لان المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صحته مهران مع أنه تعالى أمر بابتغاء النكاح بالمال ثم اذا مات العبد أو المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف في مسئلة أخرى وهي ما اذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استخفت أو هلك قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعبع فاحش فهو على هذا الخلاف وان كان غير فاحش فكذا عندهما وعند محمد لا يقدّر على ردها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وان ذكر في الكتاب ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس

القبول بعده وفي مسئلة الكتاب أضاف الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين) أي ومن قال لعبده أنت حر على أن تخدمني أربع سنين (فقبل العبد عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وهو قول أبي حنيفة الاول عليه قيمة خدمته أربع سنين

(قوله أجيب بأن هذا عين الخ) أقول التدبير ليس يبين على ما سيجي عن المصنف الاشارة اليه ويفصله الشارح في الدرس الآتي

أما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق أو كل ما جعل عوضا عن العتق فالتق بخلق بقبوله لانه الحكم في
الاعراض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق وزنه خدمة أربع سنين لانه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا صلت صداقا
مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن يبتغوا بما أوامركم (فصار كما إذا أعتقه على
ألف درهم ثم إذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية أخرى وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحققت الجارية أو هلكت
يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما (٤٣٠) وبقيمة الجارية عنده وهي) أى مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية إذا استحققت

أما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيعتق العتق بالقبول وقد وجد وزنه خدمة أربع
سنين لانه يصلح عوضا فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم ثم إذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية
أخرى وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحققت الجارية أو هلكت يرجع المولى على
العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية
بالهلال والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بعوت المولى فصار نظيرها (ومن قال
لاخر أعتق أمك على ألف درهم على أن تزوجنيها ففعل فأتت أن تزوجه فالتق جائز ولا شيء على
الامر) لان من قال اغيره أعتق عبدك على ألف درهم على ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور
بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم على ففعل حيث يجب الالف على الامر لان
اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز

بأولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائي ولم يقل أحدهما ترجع الورثة في موت المولى بعين الخدمة قيل
لان الناس يتفاوتون في الاستخدام وقيل بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت لكن لان الخدمة منفعة
وهي لا تورث وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل ماليس بمال وهو
العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ اذا العتق لا يفسخ فوجب قيمته أو مثله لو كان مثليا
وصار كما إذا تزوج على جارية أو خالع عليها أو صالح عن دم عتق أو هلكت حيث يرجع بقيمة
البدل انفاقا وجه قولهما أنهم ابدل ما هو مال وهو العبد وان كان لا يملك نفسه كما إذا اشترى عبدا أقر
بحر يسه لا يملكه وهو معاوضة مال بمل لان العبد مال بالنسبة الى السيد حيث أخذ ما لا في مقابلة
اخر اجهة ما لا عن ملكه نعم هنا ملاحظة أخرى وهي اعتبار ما أخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه
وهو تلفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينفي الامر الثابت في نفس الامر وهو خروج مال عن ملكه
بذلك العوض فصار كما إذا باع عبد بجارية ثم استحققت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قبس عليه لانه
مبادلة مال بماليس بمال ولهذا لو شهدوا باسقاط القصاص وباطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون
الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالاعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات أحدهما أخذ بقيمة
خدمته ثلاث سنين عند محمد وعندهما بقيمة ثلاثة أرباع رقبته وعلى هذه النسبة قس وعلى هذا لو أعتق
ذمي عبده على خسر أو خير يرتعق بالقبول فان أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد بقيمة نفسه
وعند محمد قيمة النحر هذا في المعاوضة أما لو كان قال ان خدمتي أربع سنين أو سنة مثلا فخدمت بعضها
ثم مات أحدهما لا يعتق لعدم الشرط وبيع ان كان الميت المولى وكذا لو أعطاه ما لا عوضا عن خدمته
أو أراه المولى منها أو بعضها على ما تقدم وكذا لو قال ان خدمتي وأولادي فمات بعضهم قبل استيفاء
المدة يتعذر العتق (قوله ومن قال لاخر أعتق جاريته على ألف درهم على أن تزوجنيها) وفي بعض
النسخ زيادة لفظ على قبل على أن تزوجنيها وليس في عامة النسخ وهي أدل منه على ايجاب المال على

(معروفة) في طريقة الخلاف
وذكر في الكتاب وجهه
البناء ولم يذكر وجهه كل
واحد من القوانين ولا بأس
بذكر ذلك وجه قول محمد
أن الخدمة بدل ماليس
بمال وهو العتق ولا قيمة
للعتق وقد حصل العجز عن
تسليم الخدمة بموته فوجب
تسليم قيمتها ووجه قولهما
ان الخدمة بدل مال لانها
بدل نفس العبد لكن
البدل لما تعذر تسليمه
وجب تسليم المبدل وهو
العبد لكن لا يمكن تسليمه
لان العتق لا يقبل الفسخ
فوجب تسليم قيمته لا مكان
ذلك هذا في المبني ولقائل
أن يقول هذا مناقض لما
قال المصنف في أول الباب
من أنه معاوضة مال بغير
مال لان العبد لا يملك نفسه
والجواب أن الاعتاق على
مال معاوضة مال بغير مال
من وجه لما ذكرنا وشابه
بذلك النكاح والطلاق
وغيرهما حتى صبح بأى مال
كان كما تقدم ومعاوضة مال
بمال من وجهه بالنظر الى
مولاه وشابه بذلك بيع عبد

بجارية فانه إذا مات العبد ووقع العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد على ما ذكره وأما المبني عليه فوجه محمد أن هذا بدل ماليس المتكلم
بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء البدل وليس للبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما
ان الجارية بدلي نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما إذا تبايعا عبد بجارية ثم مات العبد فتنافسا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد
وقوله (وكذا بعوت المولى) يعني أن موت المولى في هذه الصورة كوت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله (ومن قال
لاخر أعتق أمك على ألف درهم على) لم يذكر في بعض النسخ على اكتفاء بدالة على على الوجوب وذكر في بعضها التاكيد والمسئلة ظاهرة

وقوله (وقد قررناه من قبل) يعني في الخلع في مسئلة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة والفرق أن الاجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق إذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكلما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكيمية لم تكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس الاجنبي كالعبد حيث لا يثبت به شيء أصلاً فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز وقوله (ولو قال أعتق أمتك عني بألف درهم والم مسئلة بمجالها) أي قال على أن تزوجنيها ففعل فأثبت أن تزوجه (قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها فأصاب القيمة أدام الأحرر وما أصاب المهر بطل عنه) والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (على ما عرف) يعني في أصول الفقه (٤٣١) وفيه شبهتان أحدهما أن هذا البيع فاسد

لأنه بيع بما يخصها من الألف لو قسم عليها وعلى منافع بعضها وهو فاسد ولأنه ادخل صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع والفساد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب أن لا يقع العتق إذا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والثانية أن البيع إذا كان فاسداً ويجب فيه العوض يجب قيمة المبيع كاملة والقول بما يخصه من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما إذا جمع بين عبد ومدر وبين عبده وعبد غيره فان البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سألني وأجاب الامام شمس الأئمة السرخسي عن الاول بأن الامة تنفخ بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه نصير قابضة نفسها أدنى قبض وأدنى القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام نفي الاسلام عن الثانية

وقد قررناه من قبل (ولو قال أعتق أمتك عني بألف درهم والم مسئلة بمجالها قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها فخا أصاب القيمة أدام الأحرر وما أصاب المهر بطل عنه) لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شرهه بالبضع فكما كان تقسم عليهم ما وجبت حصته ما سلم وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلور زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه أن ما أصاب قيمته اسقط في الوجه الاول وهي للولي في الوجه الثاني وما أصاب مهر مثلها كان مهر الهاتفي الوجهين المتكلم وان كان كذلك مع تركها أيضاً فاذا عتق فاما أن تزوجه أو لا ولا يلزمها تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق فان لم تزوجه لا يجب على الأحرر شيء أصلاً لان حاصل كلامه أمره الخاطب باعتاقه أتمته وتزوجها منه على عوض ألف مشروطة عليها عن مهرها فاما لم تزوجه بطلت عنه حصته المهر منها وأما حصته العتق فباطلة إذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع لان الاجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن غلصه بخلاف العتق فانه يثبت له بدفيه قوة حكيمية وهي ملك البيع والشراء والاجارة والتزوج وغير ذلك من الشهادات والقضاء ولا يجب العوض الاعلى من حصل له المعوض وان تزوجه قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها فخا أصاب قيمته اسقط منه وما أصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كان قيمتها مائة ومهرها مائة أو كان مهرها ألفاً وقيمتها ألفاً اسقط عنه خمسمائة ووجب خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين وألفين ومهرها مائة وألفاً اسقط ستمائة وستة وستون وثلاثين ووجب لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلاث وقوله وقد قررناه من قبل يعني ما ذكر في خلع الأب ابنته الصغيرة حيث قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح ولكنه لم يذكر أن اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير صحيح (قوله ولو قال أعتق أمتك عني بألف درهم) على أن تزوجنيها وهو معنى قوله والم مسئلة بمجالها ففعل أي أعتق قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها على ما بيناه فخا أصاب قيمتها أدام الأحرر وما أصاب المهر سقط عنه يعني ان لم تكن زوجت نفسها منه وان زوجت نفسها وجب لها عليه وانما وجب للمأمر حصته قيمته ههنا لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الأصول والفروع ولكنه ضم الى رقبته تزوجها وقابل المجوع بعوض ألف فانقسمت عليه ما بالحصته وكان هذا كن جمع بين عبده ومدر في البيع بألف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتها فخا أصاب قيمة المدر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب غنائم على دخول المدر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن أخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وإراد العقد عليها فان قيل اذ لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال الى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي أن يفسد لانه ادخل صفقة في صفقة وإذا فسد وجب ما عدم

بان البيع مندرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن وقوله (فلور زوجت نفسها منه) يعني في المسئلتين (لم يذكره محمد) في الجامع الصغير وجوابه ان ما أصاب قيمته اسقط في الوجه الاول وهو ما اذ لم يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للولي في الوجه الذي قال فيه عني وما أصاب مهر مثلها كان مهر الامة في الوجهين (قوله وقوله وقد قررناه من قبل الخ) أقول وقد سبق في فصل ومن ملك ذارحم محرم أنه حواله غير رابحة فراجع الى الشرح ولعل الاولى أن يجعل اشارة الى ما ذكره في الخلع والى ما ذكره في ذلك الفصل فانه بين صحة تحمل الاجنبي بدل الطلاق في الخلع وعدم صحة تحمله بدل العتاق في الفصل فتأمل (قوله نصير قابضة نفسها الخ) أقول فاعتبر قبضها بنفسها بالعتق قبضاً للولي وان ضعف

باب التدبير

(إذا قال المولى لمالوكه إذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبرا)
لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر

باب التدبير

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحياة ظاهر المناسبة والتدبير في اللغة هو النظر الى عاقبة الامر وفي الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بالفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك أو أنت مدبر أو دلالة كقوله إذا مت فأنت حر أو أنت حر مع موتى أو في موتى وكقوله أو وصيت لك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو بثلث مالي وحكم التدبير

باب التدبير

قال المصنف (لان هذه الالفاظ صريح) أقول يعني غير الاول أو غلب الصريح على غيره

باب التدبير

لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحياة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر وهذا أحسن مما قيل فيه انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الخلف بالعتق كله كذلك فانهم اتفقوا للعتق بشرط غير الموت كما أن التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤثر هالي ههنا ثم التدبير لغة النظر في عواقب الامور وشرعا العتق الموقوع بعد الموت في المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا أو معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لان قضاء حقيقة الملك عنه فانه مالك يد ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يد بل الواجب أن يقال ملكه متزلزل اذ لا شك في أنه مالك شرعا لكنه يعرض أن يزول بتجيزه نفسه وغاية الامر أن بعض آثار الملك منتف وهول لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك الامة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون وفي المبسوط فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد والمكاتب اذا أعتقت فكل مملوك أملكه حر فعتق ذلك مملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد أضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمخزله بخلاف ما لو قال كل مملوك أملكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند أبي خنينة وقال لا يعتق وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل هو في تدبير المالك أما الوكيل فلا في المبسوط لو قال لصبي أو مجنون دبر عبيدي ان شئت فقدره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق واذا قد انجز الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال رجلين دبر عبيدي فقدره أحدهما جاز ولو جعل أمره في التدبير اليهما بأن قال جعلت أمره اليك في تدبيره فقدره أحدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا لا تنصرف فلا يفرده أحدهما بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبرة الواحد وعبرة الثاني سواء لا ترى أنه له أن ينهما قبل أن يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الامر اليهما كذا في المبسوط (قوله اذا قال المولى لمالوكه إذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك صار مدبرا) لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه أي التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تقييد بذلك بالوضع فأفاد أن كلما أفاد اثباته عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلاثة أقسام الاول ما يكون بلفظ اضافة كعوض ما ذكرنا ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حر أو حررتك أو عتقتك أو معتق بعد موتى والثاني ما يكون بلفظ التعليل كان مت أو إذا مت أو متى مت أو حدثت بي حدث أو حدثت فأنت حر وتعرف الحدث والحادث في الموت وكذا أنت حر مع موتى أو في موتى فانه تعليل العتق بالموت بناء على أن مع وفي تستعار في معنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال أنت مدبر بعد موتى يصير مدبرا في الحال لان المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان

(ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية) كافي الكتابة

هذا وانت حر بعد موتى سواء وكذا اذ اعتقتك او حررتك بعد موتى والثالث ما يكون بلفظ الوصية
 كما وصيت لك برقبته او بنفسك او بعتقتك وكذا اذا قال اوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته لانها
 من ماله فيعتق ثلث رقبته وفي الكافي انت حر او مدبر او عتيق يوم يموت بصير مدبرا او المراد باليوم الوقت
 لانه قرن به ما لا يمتد ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا لجواز ان يموت ليليا يعني فيجوز بيعه فان لم
 يبعه حتى مات عتيق كالمدبر وانما كانت صرائح لانها استعملت في الشرع كذلك قال رسول الله صلى الله
 عليه وسلم في أم الولد فهي معتقة عن دبر منه ذكره في المبسوط ثم توارثت بلا شبهة في هذا المعنى ولو
 قال انت حر بعد موتى وموت فلان فليس مدبرا مطلقا لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل
 فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم ان يبيعه وان مات فلان او لا بصير مدبرا
 مطلقا فليس له ان يبيعه خلافا لغيره لانه كما لو قال اذا كملت فلانا فانت حر بعد موتى فكلمه او قال انت
 حر بعد كلامك فلانا وبعد موتى فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتى ان شئت يتوى فيه فان
 نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعتها فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان
 نوى المشيئة بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر بوجوه الشرط لا باعتبار التدبير
 وكان الشيخ أبو بكر الرازي يقول الصحيح انه لا يعتق هنا الا باعناق من الورثة او الوصي بمثل ما تقدم
 في الباب المتقدم من انه لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعده الا باعناق منهم ويكون هذا
 وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال اعتقه بعد موتى ان شاء وهو نظير ما لو قال انت حر بعد موتى بشرفاته
 لا يعتق الا باعناق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سميعة في نوادره وكذا يوم وفي الاستيعاب اذا لم يعتق
 الا باعناق الوارث او الوصي فلو ارث ان يعتقه تخرج او تعلقا والوصي لا يملكه الاتحيزا ولو اعتقه
 عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة والذي ينبغي ان يفصل في التعليق فان علقه بشرط من
 جهة نفسه ثم يفعله او بعض زمان طويل او على فعل العبد وهو بما يتعد عليه او يتعسر لا يلزم
 العبد توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضي ليخرج عتقه ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من
 العبد في مجلس موته أو علمه بموته كما يتقدم هذا مشيئته في حياته بمجلس التفويض اليه اذا كان به هذا
 اللفظ وعن أبي يوسف لا يتوقف به لأنه في معنى الوصية ولا يشترط في الوصية القبول في المجلس وفي
 الاصل لو قال بعد موتى بيوم لم يكن مدبرا وله ان يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بعض يوم بعده فان
 مات لم يعتق في الوقت الذي سمي حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكر أبو بكر الرازي ومن المشايخ من
 فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا أخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم أو شهر وتقرر ملك الوارث في
 ذلك الزمان عرفنا ان مراده الامر باعناقه فلا يعتق ما لم يعتقه وأما في مسألة المشيئة فانها متصل مشيئة
 العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعناق المولى ولا تدعو حاجة الى اعتناق الوارث
 وهذا ان تم أشكل على ما تقدم في مسألة أنت حر بعد موتى بالف فان زمن القبول كزمن المشيئة فانه
 يجب ان يوصل بموت المولى أو يعلم بموته لا يقال ينبغي ان يجعل العبد في هذه المسئلة وتلك باقيا على
 حكم ملك الميت لحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من أن القبول غير معلوم يدفع
 بانه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب
 الملك الاول أسهل من رفعه ثم ادخاله في ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب أن يبقى لحاجته ثم لا شك
 أن هذه المسئلة أقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لا ناقول لوصح ذلك لزم
 في أنت حر بعد موتى بيوم عدم توقفه بل أولى لان محي اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهي من
 مواضع النص على أنه لا يعتق الا باعناقهم (قوله ثم لا يجوز بيعه) أي المدبر المطلق وهو الذي علق

أنه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كافي الكتابة فاذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه وسعي في ثلثه

(وقال الشافعي يجوز بيعه)

وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمنع به البيع بالشرط فلا يمنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات)

من دخول الدار ومجيء رأس الشهر وغيرهما (وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز فيه بلا خلاف) (ولان التدبير وصية) حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصى من التصرف بالبيع وغيره كالأوصى برفقته لانسان (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث) (رواه نافع عن ابن عمر) (ولانه) أي التدبير (سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت) فلا يلبس منه سبب (ولا سبب غيره) ثم اما أن يكون سببا في الحال أو بعد الموت لا جائز أن يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن تأخير السببية اليه ولانه في الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضا لا يبقى فتعين أن يكون سببا في الحال واعترض على المصنف بأن هذا الكلام مناقض لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينعد السبب بعد الموت

قال المصنف (وكما في المدبر المقيد) أقول سيجيء جوابه بعد اثني عشر سطر انخمينا (قوله ثم اما أن يكون الخ)

أقول غير ترتيب المصنف فقدم المؤخر وأخر المقدم

وقال الشافعي يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره

عتقه عطلق موت المولى ولا هبته ولا اخرجاه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل أو بكتابة أو عتق على مال ومساواة من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز فيجوز استخدامهم واجازته وأخذ أجرته وتزويج المدبرة ووطؤها وأخذ مهرها وأرض جنابتها وعالله المصنف فيما يأتي بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولا به هذه التصرفات وانما لم يكن له أن يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية المدبر كالم ولد وليس على المولى في جنابات المدبر الا قيمة واحدة لانه مانع الارقة واحدة وأما ما سئل عنه فدين في رقبته يسعي فيه وعرف من هذا أن ليس للمولى دفعه بالجنابة الموجبة للارث وفي الجنابة على المدبر ما في الجنابة على المالك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع العتق بطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى وله ماله واشترى بماله ثم مات فاتهم يعتقون فكان عتقهم معلقة بطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت أوجب بأن الوصية بالنسبة الى المعدوم تغتبر يوم الموت وبالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو أوصى لولد فلان وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها اتا ولتهم بعينهم فبطل موت أحدهم حصته ولم يكن له ولد فولد له ثلاثة أولاد ثم مات أحدهم ثم مات الموصى كان الكل للآخرين لان الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فماتوا ولم يكون موجودا عند الموت (قوله وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته) للقول والمعنى أما المنقول فما في الصحيحين من حديث جابر أن رجلا أعتق غلامه عن درهم لم يكن له مال غيره فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم أرسل بتمنه اليه وفي لفظ أعتق رجلا من الانصار غلامه عن دروكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فأعطاه فقال اقض دينك وأنفق على عيالك ولحديث جابر هذا ألفاظ كثيرة وروى أبو حنيفة بسنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفي موطأ مالك بسنده الى عائشة أم المؤمنين فمضت فتطاول مرضها فذهب بنو أخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال أنكم تخبروني عن امرأة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فإذا جارية لها سحرها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سألتها ماذا أردت قالت أردت أن تموتى حتى أعتق قالت فان الله على أن تباعى من أشد العرب ملكة فباعها وأمرت بفتحها فجعل في مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك أن الحر كان يباع في ابتداء الاسلام على ما روى أنه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق في دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة في ميسرة ذكره في النسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الا بعد النسخ وانما يفيد استحباب ما كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير زوال الرق عنه ثم رأينا أنه صرح عن ابن عمر رضي الله عنهما لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطني رفعه وصححه وقفه وأخرج الدارقطني أيضا عن علي بن ظبيان بسنده عن ابن عمر قال المدبر من الثلث وضعف ابن ظبيان والحاصل أن وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة لانه واقعة حال لا عموم لها وانما يعارضه لو قال صلى الله عليه وسلم يباع المدبر فان قلنا يجوز بيعه فقلنا يوجب تقليده قطاهر وعلى عدم تقليده يجب أن يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا أن بيعه مستحب برقه فنهى مع عدم زوال الرق وعدم

وأقول قوله (ثم جعله سببا في الحال أولى) يدل على أن جعله سببا في الحال وإن كان المذهب عند أصحابنا ليس بتعين فيعمل ما ذكره هناك على غير الأولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من أصحابنا أنه يجوز أن يكون سببا بعد الموت وأختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب إليه الأصحاب أولى فإن قيل في التدبير تعليل وليس في التعليق شيء من السبب بآبنا في الحال وإنما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير مخالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعي كافي سائر التعليقات أجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط وأعلم أن في كلام المصنف غموضا لا يتكشف على وجه التحصيل إلا بزيادة بيان فلا بد من افتقار المانع هو ما ينتفي به الشيء مع قيام مقضيه وكل ما ينافي اللازم ينافي المأمور وإذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضي أن تكون سائر التعليقات أسبابا في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق عينا قائم لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم فإن المقصود من اليمين هو المانع من تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق المأمور الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه أشار بقوله وأنه يضاد وقوع الطلاق والعناق وما كان مانعا للحكم لا يمكن أن يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق عينا تنفع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعناق فإن قلت قد يكون اليمين بعد الحمل كافي قول الرجل إن لم تدخلني الدار فأنت طالق وقد نص في الكتب أن اليمين تعقد للنع أو الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وأنه يقتضي الحصر عند البلغاء قلت لا يقصد باليمين الامنع الشرط والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود هو المنع منه ويلزمه الحمل فإن قلت التدبير عين أولى وليس بيمين فإن كان عينا وجب أن لا يكون سببا لقيام المانع على ما قررتم وإن لم يكن عينا لم يستقم قوله (٤٣٥) بخلاف سائر التعليقات إذ السائر يعنى الساقى

قلت ليس بيمين لتعلق عقده بأمر كائن واستقامة اطلاق سائر التعليقات بطريق المشكلة أن لم يكن اليمين أخص من التعليق ورد عليه أنت طالق إذا جاء عند فاته تعليق بأمر كائن وليس بسبب في الحال والجواب أنه إضافة لتعليق وقوله (وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط) لقيام الأهلية فرق آخريين التدبير وسائر التعليقات ووجهه أن

ثم جعله سببا في الحال أولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم قبل الشرط لأنه عين واليمين مانع والمنع هو المقصود وأنه يضاد وقوع الطلاق والعناق وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا

الاختلاف بجزء المولى كافي أم الولد خلاف القياس فيعمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر رضي الله عنه لا يصلح لمعارضة حديث جابر وأيضاً ثبت عن أبي جعفر أنه ذكر عنده أن عطاء وطاوسا يقولان عن جابر في الذي أعتقه مولاة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فأمره أن يبيعه فيقضى دينه الحديث فقال أبو جعفر شهدت الحديث عن جابر أذن في بيع خدمته رواء الدارقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن أبي جعفر وقال أبو جعفر هذا وإن كان من الثقات الأثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لأنه من رواية عبد الملك بن أبي سليمان العزري وهو ثقة عن أبي جعفر انتهى فلو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عنده وإن كان من شيعا فقد صرح أبو جعفر وهو محمد الباقر الإمام بن علي زين العابدين بأنه شهد

التدبير لا يمكن فيه تأخير السببية إلى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء أهلية الإيجاب حينئذ وأما سائر التعليقات فتأخير السببية فيه إلى زمان الشرط يمكن لقيام الأهلية عنده فافترقا واعتراض بأن قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم والجواب أن قيام أهليته ليس بشرط عند وجود الشرط إذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الأهلية كما ذكرتم في صورة المجنون وأما إذا كان فلا نسلم أن الأهلية إذا ذل غير شرط

(قوله وأقول قوله ثم جعله الخ) أقول أنت خير بأن المعتبر ما ساق إليه الدليل لادلالة اللفظ والدليل يدل على التعين فيجب حل الأولية على الوجوب ألا يرى إلى قوله فلا يمكن تأخير سببية إلى زمان بطلان الأهلية ولعلنا قال أولى ولم يقل يجب لثلاثه فتقضى الدليل الأول بسائر التعليقات فليتأمل فيكون هذا الكلام من المصنف متضمنا للاعتراف بعدم تمام ما قررته في الفرق بين أم الولد والمدر وفيه ما لا يخفى (قوله إذا السائر يعنى الباقي) أقول ولك أن تقول في باب عتق البعض السائر هنا يعنى الجميع صرح بمجموعه بهذا المعنى الجوهرى (قوله والجواب أنه إضافة لتعليق) أقول وكذا أنت حر مع موتى أو في موتى أو إذا امت وجوابه أنه لما كان إضافة إلى الموت كان في حكم المعلوقه فأخذ حكمه فان ما بعد الموت حال بطلان الأهلية بقي الكلام في أنه لم لا يكون هذا الكلام سببا حال وجوده ومع أنه أولى على ما دل عليه الدليل الأول (قوله فرق آخريين التدبير الخ) أقول صرح في كتب الأصول في مواضع من جعلها فصل مفهوم المخالفة من التلويح بأن الإضافات أسبابا في الحال فينتقص الدليل بها

وقوله (ولانه وصية والوصية خلافة في الحال) فرق آخر بينهم ما تقرر به التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال لان الموصى يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته كالورثة فانهما سبب خلافة في الحال واعتراض بأنه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان المرح (٤٣٦) قبلها أو بعدهما لجاز البيع لان الموصى يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعا

ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالورثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضا هيته ذلك قال (ولاولي أن يستخذه ويؤجره وان كانت أمة وطنها وله أن يزوجه) لان الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات

حديث جابر وأنه اذا أذن في بيع منافعه ولا يمكن الثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر روى الحديث وقال ابن العز قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد وأن المراد أنه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل لانه لما اعتقد أن التدبير عقد لازم سعى في تأويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تأويله والنص مطلق فيجب العمل به لا المعارضة نص آخر يمنع من العمل باطلاقه وأنت اذا علمت أن الحر كان يباع للدين ثم نسخ وأن قوله في الحديث باع مدبر ليس الاحكامية الراوى فعلا جازيا لا عموم لها وان قوله أعتق عن دبر أو دبر أعمن من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذي يدبر مقيدا أنه أعتق عن دبر منه وأن ما عن ابن عمر وقوف صحيح وحديث أبي جعفر مرسل تابعي ثقة وقد اتينا الدلالات على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديره على المستبعد أنه قول جمهور السلف علمت قطعه أن المرسل حجة موجهة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر أن لم يصح رفعه بعضه ولا يعارضه المروى عن عائشة رضي الله عنها الجواز كون تدبيرها كان مقيدا ولأنه أيضا واقعة حال لا عموم لها فتم تناول حديث جابر وعائشة رضي الله عنهما محل النزاع البتة فكيف وقد وجب جملة على السماع بما ذكرنا فظهر لك تمامه أو غلطه وأما المعنى الذي أبطل به الشافعي منع بيعه فاذكر في الكتاب من قوله لانه تعليق العتق بالشرط وبه لا يمنع البيع كافي سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جاز فظهر أنه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لا يمنع بيعه وقد قدم المصنف من قريب قوله وعلى هذا أي أعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ما ذكر المصنف بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا تثبت الاسباب ولا سبب غيره أي غير قوله أنت حر المعلق في اذامت أو المضاف في بعد موتي فاما أن يجعل سببا في الحال أو بعد الموت وجعله سببا في الحال أولى لانه حال وجوده بخلاف ما بعد الموت فانه معدوم أعماله ثبوت حكمي فاضافة السببية اليه حال وجوده أولى فهذا وجه أولوية السببية في الحال ووجه آخر يوجب عدم إمكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الخ يعني لا بد اثبات الملك وزواله من ثبوت الاهلية لهما والموت يظلم بخلاف الجنون لان الجنون أهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه أو واهب له وقبل وليه وزواله كالوا تلف شيئا فإنه يؤخذ ضمه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد أبواه ولحقا به الحرب بانت امره أنه فلذا لم تشرط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط ليزول الحكم لان ذلك شرط لا يشاء التصرف لا مجرد زوال الملك والجنون أهل لذلك بخلاف الموت فانه سالب لاهلية الامرين فامتنع أن يجعل قوله المذكور حال حياته سببا بعد موته فلزم تسميته في الحال والا انتفى لكنهم لم تنف شرعا ولان سائر التعليمات فيها مانع من كون المعلق سببا في الحال لانها أيمان واليمين في مثله تعقد للنفع كما قد تعقد للعمل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد للبر وأنه يصادق وقوعهما ووقوعهما هو المقصود في التعليق الذي هو التدبير فلزم من كلامه أن التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو عين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط

عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا انما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك وقوله (وابطال السبب لا يجوز) تنم الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والامهار ذلك أي ابطال سبب الحرية فلا يجوز قال (ولاولي أن يستخذه ويؤجره) التدبير لا يثبت الحرية في الحال وانما يثبت استحقاق الحرية فيمكان الملك فيه ثابتا ولهذا الوفا كل مملوك لي فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فلمولى أن يستخذه ويؤجره وان كانت أمة وطنها وله أن

يزوجه لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت

(قوله والجواب عنهما جميعا أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق الخ) أقول أنت خير بأن عامة الرضا باعلى سبيل التعليق مع أنه يجوز الرجوع عنها وبطل بالقتل (قوله والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك) أقول فيه ما لا يخفى من عدم ظهور وجه امتناع البيع فان التدبير ليس اعتاقا في الحال وكونه اعتاقا في المآل مسلم لكن هل يمنع به البيع أولا هو محل النزاع

(فاذا مات المولى عتق المدبر)
 من ثلث ماله المار وينا) يعنى
 من حديث ابن عمر رضى
 الله عنهما وهو قوله عليه
 الصلاة والسلام وهو حر
 من الثالث (ولان التدبير
 وصية لكونه تبرعاً مضافاً
 الى ما بعد الموت) ولا يعنى
 بالوصية الا ذلك والحكم
 يعنى العتق غير ثابت في
 الحال لانه يفقد استحقاق
 الحرية كما ذكرنا آنفاً وكل
 وصية تنفذ من الثلث حتى
 لو لم يكن له مال غيره يسع
 في ثلثي رقبته وان كان على
 المولى دين يسع في كل
 قيمته لان الدين مقدم على
 الوصية والعتق لا يمكن
 نقضه فيجب عليه رد قيمته
 وقوله (وولد المدبرة مدبر)
 هذه هي النسخة الصحيحة
 ووقع في بعض النسخ وولد
 المدبر مدبر وليس بصحيح
 لان ولد المدبر اما ان يكون
 من أمه أو غيرها فالاول
 رقيق لمولاه والثاني يتبع
 الام في التدبير والكتابة
 وغيرها دون الاب وأما ولد
 المدبرة فهو مدبر ينقل على
 ذلك اجماع الصحابة رضى
 الله عنهم وخوصم الى
 عثمان رضى الله عنه في
 أولاد مدبرة فقضى بأن
 ما ولدته قبل التدبير عبد
 يباع وما ولدته بعد التدبير
 فهو مثلها لايباع وكان ذلك
 بمحضرة الصحابة ولم يتنقل
 عن أحد خلاف

(فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) المار وينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت
 الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسع في ثلثيه وان كان على
 المولى دين يسع في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة
 مدبر) وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضى الله عنهم

ما ذكرنا وأمكن في التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلم تمت سببته في الحال واذا انعقدت سببية العتق في
 الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك أنه يراد عليه النقض بما اذا
 قال اذا جاء غدا فانت حر فانه لما علق بأمر كائن البتة لزم أن المراد ثبوت المعاق فيه لا منعه فلم يكن عينا
 فانتفى مانع السببية في الحال فينعقد فيه فيلزم أن لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهما الاشكال
 لا يندفع عن هذا الوجه منع كونه كائناً لا محالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فانما يستقيم اذا كان
 التعليق بجي الغد بعد وجود أسراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما
 أما قبل ذلك فليس بصحيح والجواب بأن الكلام في الأغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالاراد على أن
 كون التعليق بمثل مجي الغد ورأس الشهر نادر غير صحيح وأجيب أيضاً بما هو حاصل الوجه الثاني وهو
 أن التعليق الذي هو التدبير وصية والوصية خلافه في الحال كالورثة ويرد عليه أنه يجوز الرجوع
 عن الوصية وهذا وارد على عبارته الابعانية وهو أن المراد بقوله والوصية خلافه أى الوصية المذكورة
 وهي الوصية له برقبته بخلافه كالورثة حتى منعت من الرجوع عنها ويفرق بين قوله اذا مت فانت
 حر وانت حر بعد موتى وبين قوله أعتقوه بعد موتى فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية
 في الحال بخلاف أعتقوه وأورد عليه أن هذا فرق بعين محمل النزاع لان حاصله أن الوصية بالعتق
 اذا كانت تدبيراً كانت خلافه تستدعى لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره كاعتقوا
 هذا العبد لا تكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين المنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق
 بهذه الصيغة وبالصيغة الاخرى سواء ولا يخلص إلا أن تبدى خصوصية في تلك العبارة تنقض ذلك
 وليس هنا الا كون العبد خوطب به أو كون العتق علق صريحاً بالموت أو أضيف وكون ذلك في الشرع
 يقتضى ما ذكرتم من الزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق أن الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم
 بناء على عدم معارضة حديث جابر لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمته الشرع لذلك (قوله فاذا
 مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) المار وينا أول الباب ولان التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى
 لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين في هذه الصورة يستغرق رقبته
 المدبر يسعى في كل قيمته لان الدين مقدم على الورثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته
 (قوله وولد المدبرة مدبر) فيعتق بموت سيد أمه والمراد ولد المدبرة المطلق أما ولد المدبرة تدبيراً مقيداً
 فلا يكون مدبراً هذا هو الصحيح من النسخ وفي بعضها ولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان الولد يتبع أمه
 لا أباه فان زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حراً أو أمه فولدها عبداً سواء كان أبوه حراً أو عبداً مدبراً
 أو لا ثم المراد الولد الذي كانت حامله به وقت التدبير أو الولد الذي حملته بعد التدبير أما ولدها المولود قبله
 فلا يصير مدبراً بتدبيرها أما الذي كان جالساً لاجماع كالأعنة لها وهي حامل وأما الذي حملته
 بعده ففي قول أكثر أهل العلم وهو المروى عن عمر بن عبد العزيز والزهرى والبصرى وشرج ومسروق
 والثورى ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك وأحمد وللشافعى فيه قولان قال
 المصنف وعلى هذا اجماع الصحابة يعنى الاجماع السكوتى فانه روى عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن
 ثابت وجابر وابن مسعود ورضى الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلاف ولا يخفى أن سران التدبير الى

(وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضى هذا أو سقرى هذا أو من مرض كذا فليس مدبر ويجوز بيعه) لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بطلاق الموت وهو كائن لا محالة (فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر) معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقيق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث

وقوله (فان علق التدبير بموته) بيان للمدبر المقيد بموته) وهو ان يعلق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضى أو سقرى أو مرض كذا فليس مدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويرا من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بطلاق الموت وهو كائن لا محالة وتحقيقه يستفاد مما قدمناه وهو ان المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليقين وقد عرفت ان صفة كونه يميناً تنع عن السبيبة وأما اذا كان أمراً كائناً لا محالة لم يكن في معنى اليقين فكان سبباً فان قيل اذ لم ينعقد السبب في الحال في أي وقت ينعقد اذا انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب انه موقوف فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقيق تلك الصفة حينئذ وان عاش بطل التدبير

الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل فيه اشكال مما ذكر من طرف الشافعي ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال ولده قبل التدبير وقالت بعده فاقول للمولى لانه تعلق حق العتق بولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلو لاها كذلك واليمنية يثبتها لانها تامة اذ تعلق حق العتق واعلم انه اذا حلف المولى بحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره في المبسوط في باب الشهادة في التدبير واعلم انه اذا ادبر الرجل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولده لاقل من ستة أشهر كان مدبراً والا لا ولو كانت بين اثنين فدبر أحدهما حملها وولده لاقل من ستة أشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتعيين المدبر والاستسعاء له بعد أن يقدر على السعاية ولو دبر أحدهما ما في بطنها بأن قال ما في بطني حر بعد موتى وقال الاخر أنت حرة بعد موتى فولدت لاقل من ستة أشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان موجوداً حين دبر الاول فندبر نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير أمه وان ولده لاكثر من ستة أشهر من الاول ولاقل منها من تدبير الام فالولد كله مدبر للذي دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام باعتبارانه كجزء وفي هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبر للذي دبر الام وأما الام فنصفها مدبر للذي دبرها والاخر انما يبين ان يضمه نصف قيمتها ان كان موسراً وبين أن يستسعيها فتعق الام بضمان والولد المدبر بلا ضمان لان الضمان انما يلزمه من حين دبر وعلق الولد بعده في الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك ألا يرى أنها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة ولانها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت لها حق أن يستسعيها والمستسعاة كالكتابة تكون أحق بولدها واذا دبر ما في بطن أمته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يعهرها وذكر في كتاب الهبة من الاصل اذا أعتق ما في بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها وقيل في المسئلة روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز عتقه ولو أعتقه جاز هبتها لان التدبير لا يزول ملكه عما في البطن فلو وهب الام فالله هو بمتصل بما ليس بموهور من ملك الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأما بعده عتقه فغير مملوك فلم ينصل الموهور بملك الواهب فهو كالوهور دار فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر ما في بطنها فولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر بيوم والاخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهم ساءوا أماناً وتيقنوا بوجود أحدهما حال التدبير في البطن ولو دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز وان وضعت بعدها لاقل من ستة أشهر كان التدبير في الولد صحيحاً الكنه يدخل في الكتابة أيضاً بعل الام فاذا أدت عتقاً جميعاً وان مات المولى قبل أن تؤدي عتق الولد بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولد أن يسعى فيما على الام لانه دخل في الكتابة فان مات المولى فالولد بالخيار في اختياره الحسنة بالتدبير أو باداء الكتابة فيختار الانفسع له فان كان خرج من الثلث عتق ولا شيء عليه لان مقصوده حصل ولو قال لأمته ولدي الذي في بطني ولأم مدبرة أو ولد حرة ولا يريد عتقاً لم تعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق فكانه قال أنت مثل الحرة أو المدبرة (قوله وان علق التدبير بموته على صفة) مثل أن يقول ان مت من مرضى هذا أو سقرى هذا

ومن المقيّد أن يقول ان مت الى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما إذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكاثر لاحالة

أمرض كذا أو قتلت أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لان السبيعية لم تنعقد في الحال لا ترد في تلك الصفة هل تقع أو لا بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بطلاق الموت وهو كاثن لاحالة ثم ان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لانه ثبت حكم التدبير له في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقيق تلك الصفة فيه فاذا ذلك يصير مدبراً مطلقاً لا يجوز بيعه بل لا يمكن فاما ما قبل آخر جزء من حياته فلم يكن مدبراً بخلاف بيعه وان ربي من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق به قد انعدم واستشكل بما إذا قال أنت حر قبل موتي بشهر ومضى شهر فانه بعد مضي الشهر يعتق بطلاق موت المولى مع انه مدبر مقيّد حتى جاز للمولى بيعه أحجب بأنه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل موته كما سمي فيجب اعتباره بالعتق المضاف الى غده وأنه لا يثبت حقاً للعبد للحال فكذا هنا ولو قال اذ مات أو قتلت فانت حر على قول زفر هو مدبر لان عتقه تعلق بطلاق موته حتى يعتق اذ مات على أي وجه كان وعلى قول أبي يوسف ليس مدبراً لانه علقه بأحد الشيئين من الموت والقتل والقتل وان كان موثافاً للموت ليس بقتل وتعليقه بأحد الامرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبراً حتى يجوز بيعه وقول زفر أحسن لان التعليق في المعنى بطلاق موته لانه لا ترد في كون الكاثر أحد الامرين من الموت قتلاً أو غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيفما كان وروى الحسن عن أبي حنيفة اذا قال اذ مات وغسلت فانت حر لا يكون مدبراً لانه علقه بالموت وشئ آخر بعده ثم اذا مات في القياس لا يعتق وان غسل ما لم يعتقه لانه بنفس الموت انتقل الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فانت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لانه لا يتصل بالموت فينتقل ملك الوارث فيه كذا في المبسوط (قوله ومن المقيّد) أي ومن التدبير المقيّد (أن يقول ان مت الى سنة أو الى عشر سنين) فانت حر فان مات قبل السنة أو العشر عتق مدبراً وان مات المولى بعد السنة أو العشر لم يعتق ومقتضى الوجه كونه لومات في رأس السنة يعتق لان الغاية هنا لولاها تناول الكلام ما بعدها لانه تجب عزقته فيه سريراً بعد السنة والعشر فتكون الاسقاط ومنه أنت حر قبل موتي بشهر أو بيوم فانه مدبر مقيّد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بطلاق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كاثن لاحالة ولومات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول أبي حنيفة يستند العتق الى أول الشهر وهو كان صحياً فاعتق من كله وعلى قوله ما يصير مدبراً بعد مضي الشهر قبل موته (قوله بخلاف ما إذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكاثر لاحالة) فيكون تدبيراً مطلقاً لا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال قاضيخان على قول أصحابنا مدبر مقيّد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكره لا يعيش اليه غالباً تأييد معنى وهو كالثالث في النكاح المؤقت لوسميامة لا يعيشان اليها غالباً يصح النكاح عند الحسن لانه تأييد معنى والمذهب انه توقيت فلا يصح والمصنف كلنا ناضق فانه في النكاح اعتبره توقيتاً وأبطل به النكاح وهنا جعله تأييداً موجباً للتدبير فروع كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلث ماله عتق بالتدبير وسقط عنه بدل الكتابة للاستغناء عن أداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانه يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد سقط ثلث بدل الكتابة أيضاً اعتبار الجزء

(ومن المقيّد أن يقول ان مت الى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا) يعني قوله لا ترد في تلك الصفات (بخلاف ما إذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكاثر لاحالة) وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله لو أن رجلاً قال لعبد أنت حر ان مت الى مائتي سنة قال أبو يوسف هذا مدبر مقيّد وله أن يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم أنه لا يعيش الى تلك المدة فصار كائنه قال ان مت فانت حر ثم لومات قبل السنة في الأول أو قبل عشر سنين في الثاني عتق ولومات بعدهما لم يعتق لانه لم يوجد الشرط في المدبر المقيّد والله أعلم

(قول الكمال لانه تجب عزقته) لانه أي الكلام بدون الغاية يفيد تجب عزقته بعد الموت مطلقاً كذا بهامش نسخة الشيخ الجعراوى

بالكل وقبيل على مالو كاتبه أو لا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواء فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق
 ثلثه بالتدبير فكذا إذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لا يرده عليه عقد
 الكتابة لأنه لو أدى جميع بدل الكتابة في حياته عتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة
 لما عتق بالاداء ولأن استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاء ولو كاتب أم ولده
 صح ووجب المال فعرفت أن هذا الاستحقاق لا ينسحب ورود العقد عليه وله ما طريقان أحدهما
 أن بدل الكتابة بمقابله ما ورأه المستحق بالتدبير لأن موجب الكتابة ثبوت مال يمكن ثباته في المكاتب
 والبديل بمقابله وعرف أن التدبير يوجب استحقاق شيء فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون
 البديل بمقابله ما ورأه ذلك فهو كالمطلوق زوجته تنتهين ثم طلقها فلا يملكها كان ألف كانت الألف كلها بأزاء
 الطلقة الثالثة ألا يرى أنه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيحة لأن
 الاستحقاق بالتدبير غير متقرر بل هو أزان لا يموت المولى قبله وإذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابله ما ورأه
 المستحق بالتدبير وشئ من ذلك لم يسلم للعبد موت المولى لا يسقط شيء عنه بخلاف مالو كاتبه أو لا لأن
 بدل الكتابة هنالك بمقابله جميع الرقبة فإنه لم يكن مستحقا لشيء من رقبته عند الكتابة فإذا عتق بعض
 الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر أن التدبير وصية
 برقبته له وهي عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كالأوصى بعبد لانيان ثم باعه أو قتل لا تنفذ
 الوصية في قيمته ولا نفعه من مال الموصى وفي إسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف مالو كاتبه
 أو لا ثم دبره لأن حقه عند التدبير أحد الشئين إما بدل الكتابة أن أدى أو مال رقبته إن عجز فيكون
 موصياله بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة إذا عرفت هذا فنخرج المسئلة على قول أبي حنيفة
 فيما إذا دبره ثم كاتبه أنه يتخير بعد موت المولى أن شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وإن
 شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لأن عنده العتق يتجزأ وقد تلقاه جهتا حرية فيختار أيهما شاء وعند أبي
 يوسف يسعى في الأقل منهما بغير خيار لأن العتق لا يتجزأ عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه
 الأقل المألين وعند محمد يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لأن ثلثها سقط عنه
 ولا يتخير لأنه عتق كله كذا كرأى أبو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند أبي حنيفة يتخير بين أن يسعى في ثلثي
 قيمته أو ثلثي بدل الكتابة وعندهما يسعى في أقلهما عينا ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى
 الولد فيما عليها لأنه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لأنه جزء منها فإن كانا ولدين فأدى
 أحدهما مال المال كله لم يرجع على أخيه بشئ لأنه ما أدى عنه شيئا إنما أدى عن الأم فإن بدل الكتابة
 عليها ولأن كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت أحق به فكان أداء من أدى أحدهما
 أو كليهما أداء من مال الأم ومثله لو كاتب عبيدين مدبرين جميعا وكل قبيل عن الآخر ثم ماتا وترك
 أحدهما ولدا ولده في كتابته من أمته فعليه أن يسعى في جميع الكتابة لأنه قائم مقام أبيه وانما يسعى
 لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه إلا بأداء جميع بدل الكتابة فلذا كان عليه السعاية
 في جميع بدل الكتابة

باب الاستيلاء

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد في استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير أنسب
 بمقابله من حيث أن العتق به بإيجاب اللفظ بخلاف الاستيلاء فقدم عليه والاستيلاء مصدر واستولد
 أي طلب الولد وهو عام أريد به خصوص وهو طلب ولد أمة أي استلهاقه أي باب بيان أحكام هذا
 الاستلهاق الثابتة في الأم وأصلها استولاد ومثله يجب قلب واوميا كيعاد وميزان وميقات فصار استيلاء

لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاء عقبيه المناسبة بينهم من حيث ان لكل واحد منهم ما حق الحر به لاحقيتها والاستيلاء طلب الولد فأم الولد من الاسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة (اذا ولدت الامة من (٤٤١) مولاه فقد صارت أم ولده لا يجوز بيعها) ولا هبتها (ولا عليهما لقوله صلى الله عليه وسلم) لما ولدت مارية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه

وسلم وقيل له لا انعمتها (أعتقها ولدها أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع) لان الحديث وان دل على تحيز الحرية لكن عارضه ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيعابر حل ولدت أمته منه فهي معتقة عن دينه فحملناهم ما جعلا ومنعنا البيع بالحديث الاول والتحيز بالحديث الثاني ولا يقال محلبة البيع معلومة فيها يقين فلا ترتفع الا يقين مثله وخبر الواحد لا يوجب له لاننا قول الاحاديث الدالة على عتقها من المشايخ وقد انضم اليها الاجماع الا لاحق فرقتها

باب الاستيلاء

(قوله الاستيلاء طلب الولد) أقول يعني طلب الولد مطلقا وخص بطلب ولد أمته (قوله) فأم الولد من الاسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة) أقول والانام

باب الاستيلاء

(اذا ولدت الامة من مولاه فقد صارت أم ولده لا يجوز بيعها ولا عليهما) لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع

وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها من لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفي عرف الفقهاء أخص من ذلك وهي الامة التي ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها (قوله) واذا ولدت الامة من مولاه فقد صارت أم ولده) يعني اذا ثبت نسبه منه وليس ولادته منه مستلزما بثبوته في العبارة قصور وذلك لانه لا يريد أنها اذا ولدت منه صارت أم ولده بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي ولذا ترتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا عليهما ولا هبتها بل اذا مات ولم يتجزع عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا نسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا كله مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفتهاء الامن لا يعتبه بكسر المرسى وبعض الظاهرية قد قالوا لا يجوز بيعها واحتجوا بحديث جابر قال بعنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر فلما كان عمرهما ناعسه فانتبهن رماه أبو داود وقال الخاء كم على شرط مسلم وأخرج النسائي عن زيد العنبي الى أبي سعيد الخدري كذا يبعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الخاء كم وأعله العقيلي بزيد العنبي وقال النسائي زيد العنبي ليس بالقوى ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلي وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا يصرح برجوعهما الى تقدير رحمة الرواية الاولى عنهما واستدل بعضهم للجمهور بما في حديث أبي داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت مغفل امرأة من خارجة قيس عيلان وذكر البهقي أنه أحسن شيء روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قالت قدم بي عني في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو وأخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرأته الآن والله تباعين في دينه فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بي عني المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو وأخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فأتت فقالت لي امرأته الآن والله تباعين في دينه فقال عليه الصلاة والسلام من ولي الحباب فبعت له أخوه أبو اليسر كعب بن عمرو فبعت اليه ففعل ما قال فاعتقوهما فاذا سمعتم رقيق قدم علي فأتوني أعوضكم قالت فاعترتوني وقدم علي رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم مني غلاما ولا يخفى أن هذا لا يدل على أنها تعتق بمجرد موته بل على أنه سألهم أن يعتقوها ويعوضهم لما استرققت قلبه عليه الصلاة والسلام بل يفيد أنها لا تعتق والابن الحكم الشرعي في ذلك من أنهم باعتقت ولم يأمرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلاة والسلام به لهم نعم يحتمل أن يراد باعتقوها خلو أسبيلها كإفسره البهقي وأن العوض من باب الفضل منه عليه أفضل الصلاة والسلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار الى هذا البديل من خارج بوجبه ويعينه في ذلك ما ذكره المصنف عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال يعني في مارية القبطية رضي الله عنها أعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أعتقها ولدها وطر يقه معلول بأبي

(٥٦ - فتح القدير ثالث) الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها من لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب ثم قوله كالصغيرة يعني رستمال الصغيرة في الذنوب (قوله وقد انضم اليها الاجماع الا لاحق فرقتها) أقول الضمير في قوله فرقتها راجع الى قوله محلبة في قوله لا يقال محلبة البيع الخ

بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وحسين بن عبد الله بن عبد الله بن عباس وبسند ابن ماجه رواه
 ابن عدي في الكامل لكن اعله بان أبي سبرة فقط فانه يرى أن حسينا عن يكتب حديثه وأخرج ابن ماجه
 أيضا عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى
 الله عليه وسلم أئمة ولد من سيد هاهنا حرة بعد موته ورواه الحارثي في المستدرک وقال صحيح
 الاسناد وهذا توثيق لحسين بن عبد الله ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن أبي
 أويس حدثنا أبي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أئمة
 ولد من سيد هاهنا حرة إذا مات إلا أن يعتقها قبل موته ورواه أحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما
 عليه وسلم أعمار رجل ولد من سيد هاهنا حرة فمضى معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال
 الأصحاب انه مشهور بطلانه بالقبول واذا كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره
 وقوعه راو ضعيف فيه مع أن ابن القطان قال في كتابه وقد روى باسناد جيد قال قاسم بن أصبغ في كتابه
 حدثنا محمد بن وضاح حدثنا مصعب بن (١) سعد أبو خيثمة المصبغي حدثنا عبد الله بن عمرو وهو الرقي
 عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية القبطية إبراهيم قال صلى الله
 عليه وسلم أعنتها ولدها ومن طريق ابن أبي عمير روى ابن عبد البر في التمهيد ومما يدل على صحة حديث
 أعنتها ولدها ما قال الخطابي ثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال أنا مائة من الأنبياء لا نورث ما ترك كاصدقة
 فلو كانت مارية مالا بيعت وصارت من اصدقة وعنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن التفرق بين
 الاولاد والامهات وفي بيعهن تفريق واذا ثبت قوله أعنتها الخ وهو متاخر الى الموت اجماعا وجب
 تأويله على مجاز الاول فيثبت في الحال بعض ما وجب العتق من امتناع تملكه هاهنا وروى الدارقطني عن
 يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن
 بيع امهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بهما سيداهما مادام حيا فاذا ماتت فهي حرة ثم
 أخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار وأعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيج المديني
 وأسنده ضعيفه عن النعماني وغيره ولينه هو وقال يكتب حديثه ثم أخرجه عن أحمد بن عبد الله العنبري
 حدثنا معمر عن عبد الله بن نافع عن ابن عمر عن عمرو موقوفا عليه وأخرجه أيضا عن فليح بن سليمان عن
 عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمرو موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم (٢) القسملی
 وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذي
 رفعه وقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه وكلهم ثقات وهذا كله عند الدارقطني
 وعندى أن الذي أسنده خير من وقفه وأخرج مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب
 قال أئمة ولده ولد من سيد هاهنا لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا ماتت فهي حرة وهكذا
 رواه سفيان الثوري وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمرو موقوفا وأخرج الدارقطني من حديث عبد الرحمن
 الافريقي عن سعيد بن المسيب أن عمر أعتق امهات الاولاد وقال أعنتهن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 والافريقي وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان ثبت الرفع بما قلنا ولا شك
 في ثبوت وقفه على عمر وذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه
 وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وعدم مخالفة أحد لمرحين أفق به وأمر
 فانه قد اجاع الصحابة على عدم بيعهن فهذه بنا وجوب أحد الامرین اما أن ما كان من بيع امهات
 الاولاد في زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوي كأنه فعل في عهد رسول الله صلى
 الله عليه وسلم حكمه الرفع لكن ظاهر الاقطه اذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره
 وإما أنه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر النسخ لابي بكر رضي الله عنه لقصر مذهبه مع اشتغاله فيها

(١) سعد هكذا في بعض
 النسخ وفي بعضها أسعد
 بألف وليجزر اه صححه
 (٢) القسملی هكذا في
 بعض النسخ ومثله في
 خلاصة أسماء الرجال
 مضبوطا بفتح القاف والميم
 بينهما مهملتان ساكنة وما وقع
 في بعض النسخ من السلي
 تحريف فليحذر كتبه
 صححه

(ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولدان الماءين قد اختلطا (٤٤٣) بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف

في حرمة المصاهرة) وهي تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتجزع العتق لان الجزئية توجبها واستمر بقائلين به أجاب بقوله (الا أن بعد الانفصال) يعني أن الولدان يعلم بعد الانفصال وبعد الانفصال (يتبقى الجزئية حكما للاحقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت) فتعاضد المنقول بالمعقول في اثبات الحكم المؤجل الى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك أجاب بقوله (وبقاء الجزئية حكما) ومعناه أن بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب والاصل في ثبات النسب هو الاب لان الولد ينسب اليه والام أيضا بواسطة الولد يقال أم ولد فلان (فكذلك الحرية تثبت في حقهم لافي حقهم)

(قوله ولأن الجزئية) أقول عطف على قوله لقوله صلى الله عليه وسلم (قوله أجاب بقوله الآن بعد الانفصال يعني أن الولدان يعلم بعد

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولدان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة) الآن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما للاحقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لافي حقهم حتى اذا ملكت الحرية زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل ثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته

بحر وبمسيلة وأهل الرقة وما نعي الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر كنا نختار أربعين سنة ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخاطرة فتركناها وأياما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهم هذا اذا قصرنا النظر على الموقوف فأما بلا حطة المرفوعات المتعاضدة فلا شك وعما يدل على ثبوت ذلك الاجماع ما أسنده عبد الرزاق أن أبا نعيم عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا يقول اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الاولاد أن لا يبيعن ثم رأيت بعد ذلك أن يبيعن فقلت له فرأيك ورأي عمر في الجماعة أحب الى من رأيك وحديثك في الفرقة فضحك على ما وعلم أن رجوع على رضي الله عنه يقتضي أنه يرى اشتراط انقراض العصر في تقرير الاجماع والمرج خلافه وسئل داود عن بيع أم الولد فقال يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل أن تصير أم ولد فوجب أن يبقى كذلك اذا اُصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان أبو سعيد البردعي حاضرا فعرضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها لما جبلت بولدها والاصل في كل ثابت دوامه فانتقطع داود وكان له أن يجيب ويقول الزوال كان عيانا عرض وهو قسيم الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيسبق الى أن ثبت المزيل (قوله ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولدان الماءين) الذين خلق منهما (قد اختلطا) وهو جزمهما بحيث لا يميز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لکنها باقية حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية أوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل أم ولده فقد بقي أثرها شرعا واليه أشار عمر فيما رواه محمد بن قارب قال اشترى ابني أمة من رجل قد أسقطت منه فأمر عمر ردها وقال أبعدها اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن الآن السبب يضعف بالانفصال (فأوجب حكما مؤجلا الى الموت) ولما ورد على هذا التقرر أن مقتضاها أن المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له انه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب فسطمها أجاب المصنف بقوله ان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواه والنسب الى الرجال أي الى الآباء لا الى الامهات (فكذا الحرية) التي تبنى على النسب بالحاء المهملة لا بالجمع تثبت للنساء في حق الرجال لان النسب اليهم فتنزع عليه أن الحر ولو تزوج أمة فولدت له ثم اشتراها صار أم ولده تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب اليهن فلو ملكت الحرته زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولا تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الامومة بدونه فلو ولدت أمة لرجل تزنا ثم ملكها لا تكون أم ولده فلا تعتق بموته وأورد عليه ما ذكره في دعوى الاصل أمة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما صاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وأمه عترة أم الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما ما فقد ثبتت الامومة بلا ثبوت نسب أجيب بأنه قد ثبت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبهما ولذا كان حرافا لم تثبت دون نسب والحق أن ثبوت الامومة في نفس الامر لا يكون الا باعتبار ثبوت النسب وأما ثبوته ظاهرا في القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والاقرار به وان لم يثبت لماسيحي وفيما اذا ادعى ولدا أم ولده المزوجة (قوله وبثبوت عتق الخ) يعني قد ثبت مما ذكرنا أنه ثبت له اعتق مؤجل ولازم من ثبوت عتقها مؤجلا أن يثبت لها في الحال حق العتق فيمنع بيعها واخراجها الا

(الانفصال) أقول اذا اعترف المولى بالجل من قبل الانفصال لم يؤخذ باقراره وعندى معنى كلام المصنف غير ما ذكره الشارح

وقوله (وكذا اذا كان بعضها مملوكا) يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها أحدهما كانت أم ولده لان الاستيلاء لا يتجزأ لانه فرع لا يتجزأ وهو النسب فيعتبر بأصله فان قيل فقد ذكر في باب العبدية متى بعضه والاستيلاء متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الخ (٤٤٤) وجه التوفيق بين كلاميه أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ يملك نصيب صاحبه بالضم

وكذا اذا كان بعضها مملوكا لان الاستيلاء لا يتجزأ فانه فرع النسب فيعتبر بأصله قال (وله وطؤها واستخدمها واجرتهما وتزويجهما) لان الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة

الى الحرية ولقائل أن يقول ثبوت العتق المؤجل الى أجل معلوم ثابت في قوله اذا جازأرأس الشهر فأنشأ خروجه ذلك لم يتنع البسع فله أن يبيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى أجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الاجل فالحق أن استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس الاحكام النص حيث صرح النص بأنهن لا يبعن ولا يوهبن لعن الجزئية التي أشار اليها عمر رضي الله عنه (قوله) وكذا اذا كان بعضها مملوكا والبعض الآخر مملوكا غيره بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى أحدهما ولدها ثبت نسبه وتصير أم ولده فهذه اذن حكمان وقع التشبيه في أحدهما وهو أمومة الولد لانه لم يسبق ثبوت النسب ذكره قصص التعاليل عليه وهو قوله (لان الاستيلاء لا يتجزأ) أي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي الفقة فتصير كلها أم ولده ويضمن قيمة نصيب شريكه بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزأ ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدم في باب العبدية متى بعضه أنه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض فصار الحاصل أن الاستيلاء لا يتجزأ أي لا يكون معه بعض المستولدة مملوكا كالغير المستولدة الا لضرورة لانه مبني على ثبوت النسب وهو لا يتجزأ وأما احتمال أن يكون فيه روايتان فبعد فلذا لما قال المصنف انه يتجزأ في باب العبدية متى بعضه لم يجعل أثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة وأما تعليل ثبوت النسب فانما هو بوجود الدعوة في المملوك والاتفاق على أن ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاء (قوله) وله وطؤها واستخدمها واجرتهما وتزويجهما لان الملك قائم فيها) وهو مطلق لهذه الامور (فأشبهت المدبرة) ومنع مالك اجاتها كييعها وهو بعيد وامتناع البسع لنقل ملك الرقية لا غير وهو منتف في الاجارة وملك كسبهما وله اعتاقها وكتابتها وأورد ينبغي أن لا يملك تزويجها لان توهم شغل رجهاء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة غير أن المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغي أن لا يصح قبله وأجيب بأن جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطء ووقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجه عن محمية نكاح الغير فلا تعود الا بعوجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله ولقائل أن يقول اذا سلم أن احتمال الشغل مانع ولا شك في نيته بعد الوطء لم تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالمعتدة ويجب أن لا يزوجهما الا بعد استبرائهما والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده أفضل * واعلم أن المسئلة ذكرها المصنف في فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش مولاها حتى ثبت نسب ولدها منه بالدعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا أنه غير متأكد حتى يتقن ولدها بالنسب من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل فأفاد أن المانع من صحة النكاح ليس الجمع بين الفراشين لان توهم الشغل وهذا حق لما عرفت من مسئلة ما اذا رأى امرأة تزني فنزوجهما حيث يصح النكاح ويحتمل الوطء مع أن احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطء لا تنفقاء الجمع بين الفراشين ولذا جاز عند أبي حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لا تنفقاء

مع ملك نصيبه فيمكن الاستيلاء على ما يجبي بعده هذا في هذا الباب لان نصيب صاحبه قابل للنقل بضمين المستولدة لان الاستيلاء وقع في الفقة وهي قابلة للانتقال من ملك الى ملك وما ذكره هناك من تجزئ الاستيلاء فانما فرض المسئلة في المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان الاستيلاء مقتضرا على نصيبه فيجزأ الاستيلاء ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والحال وبأنه يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبي حنيفة وذلك لان ما جعل الاستيلاء مقبسا عليه في أنه لا يتجزأ فكان مجمعا عليه ثم أجاب عنه أبو حنيفة بأنه متجزئ عنده في ذلك الباب ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين كذا في النهاية قال (وله وطؤها واستخدمها واجرتهما وتزويجهما) قد ذكرنا أن الاستيلاء لا يتجزأ حق الحرية لاحقيقة فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له أن يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويؤزجها قبل أن يستبرئها فان قيل شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة أجيب بأن محمية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك في زوالها فلا ترتفع به بخلاف النكاح فان المنكوح خرجت عن محمية نكاح الغير فلا تعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة

(قوله) أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ الى قوله فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والحال) أقول فيه بحث بل المراد لا يستقر على التجزئ كما يعلم مما مر وسيجيء

وقوله (ولا يثبت نسب

ولدها) أي ولد الأمة رجوع
إلى ما ابتدأ به أول الباب
بقوله إذا ولدت الأمة
من مولها لما أن ولد
أم الولد يثبت نسبه من غير
دعوة على ما يجيء في قوله
فإن جاءت بعد ذلك بولد
يثبت نسبه بغير إقرار وحكم
المدة لحكم الأمة في أنه
لا يثبت النسب منها بدون
دعوة المولى وقوله (الأن
يعترف به) أي بالولد
والاعتراف بالوطء غير ملزم
(وقال الشافعي يثبت نسبه
منه وإن لم يدع لانه لما ثبت
النسب بالعقد) أي بالنكاح
الذي هو مفض إلى الوطء
(فلا يثبت به وهو أكثر
إفشاء أولى ولنا أن وطء
الأمة يقصده قضاء الشهوة
دون الولد لوجود المانع
عنه) أي عن طلب الولد
وهو سقوط تقومه عنده
ونقصان القيمة عندهما أو
عدم نجابة أولاد الأماء
عندهم (فلا بد من الدعوة
بغزلة ملك اليمين من غير
وطء) فإنه لا يثبت النسب
فيه بغير الدعوة (بخلاف
العقد لأن الولد يتعين
مقصوداً منه فلا حاجة إلى
الدعوة) لا يقال النسب
باعتبار الجزئية أو بما وضع
لها والقصد وعدمه لا مدخل
له في ذلك لانا نقول لو كان
ذلك مداره لثبت من الرأى
وليس كذلك وإنما انظر

(ولا يثبت نسب ولدها الآن يعترف به) وقال الشافعي يثبت نسبه منه وإن لم يدع لانه لما ثبت النسب
بالعقد فلا يثبت بالوطء ولنا أن وطء الأمة يقصده قضاء الشهوة دون الولد
لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بغزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصوداً
منه فلا حاجة إلى الدعوة

الفراس غير أنه لا يحل وطؤها إذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت
نسبه دون غيرها وحينئذ فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل بالماء مانعاً فلذا جاز النكاح عقيب
وطء وإن كان يستحب أو يحجب الاستبراء إنما المانع الجمع بين الفرائش القويين وفراس أم الولد ليس
قوي على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعاً ما لم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فإنها فراس حال العدة ألا
تري أنها متعينة لثبوت نسب ما تأتي به ففي تزويجها جمع بين الفرائش **فرع** إذا باع خادمة أم ولده
منها عتقت كما إذا باع رقبة العبد منه رواء ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وعن ابن سماعة
عن أبي يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتهما منها حيث تعتق **قوله** (ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الأمة
لأم الولد وهذا رجوع إلى المذكور أول الباب في قوله إذا ولدت الأمة من مولها فلا يثبت نسبه إلا أن
يعترف به وإن اعترف بوطئها وهو قول الثوري والبصري والشافعي ومروى عن عمر وزيد بن ثابت مع
العزل وقال الشافعي ومالك وأحمد يثبت إذا أقر بوطئها وإن عزل عنها إلا أن يدعى أنه استبرأها بعد الوطء
بمحضه وهو ضعيف فأنهم زعموا أنهم بالوطء صارت فراساً كالنكاح وفيه يلزم الولد وإن استبرأها مع أن
الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء وهم ينفصلون عن هذا بأن الغالب أن لا تحيض
والأمر بالاستبراء اعتباراً بالغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكماً بالغالب ولو وطئها في دبرها يلزمه الولد
عند مالك ومثله عن أحمد وهو وجه مضعف للشافعية **قوله** (لانه لما ثبت) هذا وجه قول الجمهور في أن
النسب يثبت عما تأتي به الأمة بمجرد وطئها وهو أنه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تأتي به
المسكوحة به بعد العقد وإن لم يعلم الوطء لوجوده بعد المفضي إلى الولد فتبوت به دوطء البالغ وأنه أكثر
إفشاء إلى وجود الولد أولى وإنما قيدنا بالبالغ لأن الزوج الصبي لا يثبت به نسب وإن كان بعقد وضع للولد
(ولنا أن وطء الأمة يقصده قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع) من قصده وهو سقوط تقومه عند أبي
حنيفة ونقصانه عندهما فكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه مجرد
الوطء وما قيل الوطء قد يقصده وقد لا يقصده فلا يتعين عدمه قلنا ولا يتعين وجوده كما قلتم فيسبق على
الأصل من العدم * وأعلم أن أصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رضي الله عنها قالت احتصم
سعد بن أبي وقاص وعبد بن زعمة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد
يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أنه ابنه انظر إلى شبهه وقال عبد بن زعمة هذا أخي يا رسول
الله ولد على فراش أبي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبهاً بينا بعتبة فقال هولك
يا عبد بن زعمة الولد للفراس وللعاشر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم تره سودة قط رواء الجماعة إلا الترمذي
وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم إنما قضى به لعبد بن زعمة على أنه عبده وزنه لا على أنه أخوه ولذا قال
هولك ولم يقل هو أخوك وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان أحالها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا
دفع بانتفاء لازم الأخوة شرعاً والاول باللفظ نفسه ويدفع الاول بأن في رواية أخرى هو أخوك يا عبد
وأما الأمر بالاحتجاب فلما رأى من الشبهة بين بعتبة ويدفع الاول بأن هذا مال رواه حينئذ معارضة
لرواية هولك وهي أرجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبهة لا يوجب احتجاب أخته
شرعاً منه والواجب الآن وجوب الاستبراء من كل من أشبهه غير أبيه الثابت نسبه منه يجب حكماً للشبهة
احتجاب أخته وعمته وجدته لآبائه منه وهو منتف شرعاً واذن قوله الولد للفراس ينتفي به نسبه عن سعد

إلى الموضوعات الأصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج إلى الدعوة ووطء الأمة ليس بموضوع لها فيحتاج إليها

(فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالعقودة (الا انه اذا نفاه يفتي بقوله) لان فراشا ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحه حيث لا يفتي الولد بنفيه الابا للعان لتأكد الفرائش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج

(فان جاءت بعد ذلك بولد) ثبت نسبه من غير اقرار اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الولد تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالعقودة (الا انه اذا نفاه يفتي بقوله) من غير لعان ما لم يقض القاضي به أو لم تتناول المدة فأما بعد قضاء القاضي فقد ألزمه به على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه وذلك كالتصریح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان وقوله (لان فراشا ضعيف) واضح

بأنه ابن أخيه وعن عبد الله أنه أخوه يعني أن الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة وزمعة فهو حينئذ عبدك يا عبد ميراثك من أبيك * واعلم أنه روى عند الامام أحد ما الميراث فله وأما أنت فاحتجبي منه فانه ليس لك بأخ فتصريحه بأنه ليس أخاها يفيد أنه ليس أخا لعبد بن زمعة وبه تقوى معارضه رواية هو أخوك وقوله أما الميراث فله يفيد أنه أخوه فاما أن يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه أو يجمع بأن الميثب الاخوة الشرعية والمنقح الاخوة الحقيقية وهو أن يخلف من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب أن يترتب على الاخوة بمعنى التخليق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الآن هذا بتعذر الوقوف عليه فاعتبر بآيات ثبوت النسب ما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية ثم يجعل هذا اذ ليس كما مستترا على ما ذكرنا خاصا بأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منيع وقد قال تعالى لهن لستين كأحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على أنها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش يعني أم الولد حينئذ فقوله هو لك أي مقضى به لك ويكون المراد أنه أخوك كما هو الرواية الاخرى وأما ما نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال ما بال رجال يطؤون ولا تدهم ثم يعزلون من لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها الا لحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوها والشافعي يعارض بما روى عن عمر أنه كان يعزل عن جارية بولدها فاعتزلوا فشق عليه فقال من هو فقال من راعى ابل فحمد الله وأثنى عليه ولم يلزمه وأسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتي جارية فحملت فقال ليس مني اني أتيتها انسابا لا أريده الولد وعن زيد ابن ثابت أنه كان يطأ جارية فارسية ويهزل عنها فجات بولد فاعتق الولد وجلد لها وعنه أنه قال لهما من حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصل اليك ما يكون منه الحمل ولم يلزمه مع اعترافه بوطئها والمروى عن عمر من قوله انه يلحق بالواطي مطلقا جازا لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك أنا بينا أن الواطي اذا لم يعزل وحصلها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكار اولاد الاماء مطلقا فقال لهم اني ملحق بكم يا بهم مطلقا وأما من علم منه الاعتدال في الامر بأن يعترف عن يجب عليه الاعتراف به وينبغي من يجب عليه نفيه أو يجوز فانه لا يتعرض له (قوله فان جاءت بعد ذلك) أي بعد أن اعترف بولدها الاول (بولد ثبت نسبه بغير اقرار) لانه بالاعتراف بالولد الاول تبين كون الولد مقصودا من الوطء فصارت فراشا وبهذا تبين أن الاولى في تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما في أم الولد فانه اذا اعترف به فظهر قصده الى ذلك أو وضعها شرعا كالمكوحه وان لم يقصد الولد ثبت نسب ما أتى به فانها حينئذ تكون متعينة لثبوت نسب ما أتى به وهو الذي عترفوا به الفراش وظهر أن ليس القرش ثلاثة كما تقدم في فصل الحرمات بل فراشان قوي وهو فراش المنكوحه وضعيف وهو فراش أم الولد بسبب أن ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوى يفتي نسبه بمجرّد نفيه بخلاف المنكوحه لا يفتي نسب ولدها الا بالعان وقد صرح المصنف فيما تقدم فقال لان الامه ليست بفراش لمولاه واذ ذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما أتى به أو كونها يقصد بوطئها الولد الى آخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه عليك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحه وعلى هذا ينبغي أنه لو اعترف فقال كنت أظأ بقصد الولد عند مجيئها بالولد أن يثبت نسب ما أتت به وان لم يقل هو ولدي لان ثبوته بقوله هو ولدي بناء على أن وطأه حينئذ بقصد الولد وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغي أنه اذا أقر أنه

قوله (وهذا الذي ذكرناه) أي عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوة (حكم) قضاء القاضي (فأما الديانة) يعني فيما بينه وبين الله تعالى فالاعتراف به والدعوى ان وطئها وحصلها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو ان يحفظها (٤٤٧) عا يوجب رية الزنا وقوله (لان

هذا الظاهر) وهو ان الولد منه عند التحصين وعدم العزل (يقابله) أي يعارضه (ظاهراً آخر) وهو العزل أو ترك التحصين وقوله (وفيه روايتان أخريان) في بعض النسخ أخروان وليس يصحح وقوله (عن أبي يوسف وعن محمد) قيل فائدة تكرار

عن دفع وهم من ينوهم أن الروايتين عنهما بانفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل واحد منهما رواية تخالف رواية الآخر فأما رواية أبي يوسف فهي أنه اذا وطئها ولم يستبرأ بعد ذلك حتى جاءت بولده فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسیناً للظن بها ورجلاً لامرها على الصلاح مالم يتبين خلافه وأما رواية محمد فهي أنه لا ينبغي له أن يدعيه اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعاً فيحتمل من الجانبين وذلك في أن لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه وما ذكره أبو حنيفة هو الأصل لانه اذا وطئها

وهذا الذي ذكرناه حكم فأما الديانة فان كان وطئها وحصلها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي لان الظاهر أن الولد منه وان عزل عنها أو لم يحصنها جازله أن ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهراً آخر هكذا روى عن أبي حنيفة رحمه الله وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد رحمه الله ذكرناه مافي كفاية المنتهى

كان لا يعزل عنها وحصلها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كان يجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى أن نوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداءً وظن أن لا بد في أن يحكم على المذهب بذلك وفي المبسوط انما عاكف نفيه أي نفي ولد الأم الولد اذا لم يقض القاضي به أو لم يتناول الزمان فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا عاكف اباطاله والتناول دليل اقراره لانه يوجد منه فيها دليل اقراره من قبوله التثنية ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم في التناول سبق في اللعان هذا وانما يثبت نسب ما تأتي به في حال حل وطئها بعد الولد أما لو عرض بعده حرمة مؤبدية بان وطئها أو بسيدها أو ابنه أو وطئ السيد أمها أو ابنتها أو حرمت عليه رضاع أو بكتابة فانه لا يثبت نسبه منه الا باستلحاقه ولا يخفى أنه يجب أن يفصل بين أن تأتي به لاقل من ستة أشهر من حين عروضا الحرمة أو لتامها ففي الأول يجب أن يثبت نسبه بلا دعوة لليقين بان العلوق كان قبل عروضا الحرمة ولو أعتقها ثبت نسب ولدها منه الى سنتين من يوم الاعتناق وكذا اذا مات لانها معتمدة ولا يمكن نفيه لان فراسها تأكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحقق بفراس المنكوح في العدة بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض أو نفاس أو صوم أو احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقاً ولا متعلقاً باختيارها بل مع ذلك العارض الذي عرض لا باختيارها المتقضى عادة بلا اختيارها (قوله وهذا الذي ذكرناه) يعني من عدم لزومه الولد وان اعترف بالوطء ما لم يدعه (حكم) أي في القضاء يعني لا يقضى عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فأما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمراد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصلها عن مظان رية الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب وان كان عزل عنها حصلها أو لا أو لم يعزل ولكنها لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بالارقيب مأمون جازله أن ينفيه (لان هذا الظاهر) وهو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة (يقابله) أي يعارضه (ظاهراً آخر) وهو كونه من غير لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين وبهذا ظهران لفظه أو في قوله وان عزل عنها أو لم يحصنها أو لم يولدوا لتنصيبها على المراد وصرح في المبسوط بذلك حيث قال فأما اذا عزل عنها أو لم يحصنها فله أن ينفيه اهـ ولا شك في أن كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر وأما ظهور كونه من غيره اذا أنقض اليها ولم يعزل عنها محل نظر بل أو رد أن المصنف علل وجوب الغسل بالقاء الختانين من غير انزال بأنه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته في مقام مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب بعد الوطء وان لم ينزل والاتاقض ولا يخفى أنه لا أحد يقول بثبوت نسب ما تأتي به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل أنه يثبت عزل عنها أو لم يعزل وهذا فرع الانزال وحينئذ فالنكاح كور في الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الابلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق بل لا يجوز أن يستلحق نسب من ليس منه كمالا يجوز أن لا يستلحق نسب من هو منه فكان أمر الاستلحاق مبني على اليقين أو الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكاً (قوله وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد)

ولم يعزل وحصلها فالظاهر أن الولد منه فيلزمه أن يدعي وان لم يحصن أو عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالاشك

(قوله وقوله لان هذا الظاهر) أقول المراد هو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة يعارضه ظاهراً آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين وأما ما ذكره الشارح فنفيه ما لا يخفى

(فان زوجها خافت بولد فهو في حكم أمه) لان الاوصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل (٤٤٨) به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت

(فان زوجها خافت بولد فهو في حكم أمه) لان حق الحرية يسرى الى الولد كالتدبير الا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنعة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذا الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاء المولى لا يثبت نسبته منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لاقراره (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب

ذكرهما في الميسر فقال وعن أبي يوسف اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها نحسبنا للطن بها وحللا امرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهذا كذهب الشافعي والجمهور لان ما ظهر سببه يكون محال له عليه حتى يتبين خلافه وعن محمد لا ينبغي أن يدعى ولدها اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي أن يعتق الولد وفي الايضاح ذكرهما بلقظ الاستحباب فقال قال أبو يوسف أحب أن يدعيه وقال محمد أحب أن يعتق الولد فهذا يفيد الاستحباب وعبارة الميسر تفيد الوجوب (قوله فان زوجها المولى خافت بولد) يعني من الزوج (فهو في حكم أمه) حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بوعته من كل المال ولا يسي لاحتدوله استخداً له وأجارته الا أنه اذا كان جارية لا يستمتع بها الا بوطئ أمها وهذه إجماعية وهي واردة على اطلاقه حيث قال هو في حكم أمه وهذا لان الصفات القارة في الامهات تسرى الى الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنعة قنوا وولد الحرة حراً وان كان أبوه بخلافه ولو ادعاء لا يثبت نسبته منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه أقوى وان كان النكاح فاسداً فانه يلحق بالصحيح في حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزأ ثبت من المولى والاوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه الرجوع والا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر وقول المصنف لان الفراش له يقتضي أن لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير أصلاً وهذا اذا جاءته به لسته أشهر من النكاح فان جاءت به لقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد ويستحب بل يجب أن لا يزوجه حتى يستبرئها بحضرة احتياطاً ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وان لم يثبت نسبته منه لاقراره بحجته حيث اعترف بأنه ابنه فان ابنه من أمته يعلق حراً كما تقدم غير أنه عارضه في ثبوت النسب منه معارض أقوى منه فلم يثبت نسبته به ولم يعارضه في ثبوت الحرية به ذلك فأخذ بزعمه ولم يستحسن قول المصنف وتصير أم ولد له لان الكلام في تزويج أم الولد وانما يستحسن لو كان في تزويج الامه التي ليست أم ولد كالصورة المذكورة في الميسر زوج أمته من عبده فولدت فادعاء لا يثبت نسبته منه ولكن تصير أم ولد له تعتق بوعته لانه أقر لها بحق الحرية وقد تكلف له أن قوله وولد القنعة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكأنه قال وولد القنعة قن ونسبه يثبت من الزوج اذا زوجها مولاهما وحينئذ يستقيم الا أنه خلاف الظاهر لانه انما ذكر بيان سرارية وصف الام الى الولد فيكون ابن أم الولد بمنزلة (قوله ويعتق الولد) أي ولد أم الولد المزروجة الذي ادعاءه يعتق لانه ملكه وهو يزعم أنه ابنه (وتصير أمه أم ولد له) تعتق بوعته لانه أقر لها بحق الحرية حيث ادعى أن ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بأنه علق الولد حراً من الاصل فان قيل فكيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية عليه أجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاء كاف لثبوت الاستيلاء وان كان ذلك الاقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة اقرار المولى في محله وهو الملك وهذا الاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعد ما سبق النكاح أو بشبهة بعد النكاح الا أن هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه

النسب وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد منه ملحقاً بالصحيح كان أقوى من فراش أم الولد وقوله (ولو ادعاء المولى) معناه اذا زوج المولى أمته فولدت فادعاء المولى لا يثبت النسب منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لاقراره وانما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير أمه أم ولد له لان أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير أمه أم ولد له هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير فان قيل ينبغي أن لا تصير أمه أم ولد لمولاه لان أمية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل منه كيف يثبت الفرع أجيب بأن مجرد الاقرار بالاستيلاء كاف لثبوت وان كان ذلك الاقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة اقرار المولى في محله وهو الملك وهذا الاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعد ما سبق النكاح أو بشبهة بعد النكاح الا أن هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه

عن النسب في معتبر في حق الام لاحتياجها الى أن تصير أم ولد قال (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) سواء كان زوجها أو لا لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعق أمهات الأولاد وأن لا يعين في دين ولا يجعلان من الثلث) ومعنى قوله أمر حكم لا الأمر المصطلح فانهم يعقن بعد الموت كما تقدم وانما نكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعلن من الثلث تأكيده لانه فهم ذلك من قوله وأن لا يعين في دين ولان الحاجة الى الولد أصلية لان الانسان يحتاج الى ابقاء نسله كما أنه يحتاج الى ابقاء نفسه وكل ما كان من الحوائج الأصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتهيز والتكفين (بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج) (٤٤٩) وقوله (ولاسعاية عليها) أى على أم الولد

(في دين المولى للغرماء لما بينا) أن الحاجة الى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج (ولاسعاية عليها في دين المولى للغرماء) لما رويانا ولانهم ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بهما حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم (واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسمى في قيمتها) وهي بمنزلة المكاتب لا تعق حتى تؤدى السعاية

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعق أمهات الأولاد وأن لا يعين في دين ولا يجعلن من الثلث) وفي نسخة مكان لا يعين لا يسعين وهو الموافق لتعليقه ولا سعاية الخ بقوله (لما رويانا) أى لانه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وان لا يسعين وما قيل وان لا يعين يدل على عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيوخ جبال الدين الزيلعي بعدد كرم أنه غريب قال وفي الباب أحاديث وساق كثيرا مما قدمنا مما ليس فيه زيادة على أنها لا تملك وتعتق بالموت ولا تخفى أن كلها في غير المقصود فان المقصود أنها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك فان عقدها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدر يعق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعد بن المسيب الأأن جماعة تكلموا في عبد الملك (قوله ولان الحاجة الى الولد أصلية) كحاجته الى الكل أى وحاجته الى أمه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه بغير إذنه لحاجته الى وجود نسله كما جاز له كل ماله للحاجة وحاجته الأصلية مقدمة على الدين فلا تسمى للغرماء وعلى الأثر فلا تسمى للورثة فيما زاد على الثلث اذ لم يخرج منه فصار اعتاقها كالدين والتكفين (بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج) لامن الأصلية اذ ليس ثم نسب ولديته أهلية فلا يقدم عتق المدر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان دين السيد مستغفر فاسعى في كل قيمته على ما سلف (قوله ولانها) أى أم الولد (ليست بمال متقوم) عند أبي حنيفة على ما تقدم (حتى لا تضمن بالغصب عنده) يعنى اذا ماتت عند الغاصب حنف أنفها بخلاف المدر اذا مات عند الغاصب فإنه يضمن وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت أم ولد بين اثنين فأعتق أحدهما لا يضمن لغيره شيئا ولا تسمى هي في شيء أيضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدر وانما تضمن بما يضمن به الصبي الحر عند أبي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها سبع فألفقها وأجهروا أنها تضمن بالقتل لانه ضمان دم واذا لم تكن مالا متقوما (لا يتعلق بهما حق الغرماء كالقصاص) يعنى اذا مات من له القصاص وهو مدبر فليس لأصحاب الدين أن يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لان القصاص ليس مالا متقوما حتى يأخذوا بمقابله ما وجب عليه من القصاص مالا وقيل معناه اذا قتل المدبر شخصا لا بقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل رجلا مدبرونا وعفا المدبرون قبل موته صح وليس لأرباب الدين أن يمنعوهم العفو وقيل اذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولى القصاص شيئا لانه ليس حقا ما لا والاقرب المتبادر الأول (قوله واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسمى في قيمتها) يعنى اذا أسلمت ففرض الاسلام على مولاهما فأبى فإنه

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعق أمهات الأولاد وأن لا يعين في دين ولا يجعلن من الثلث) وفي نسخة مكان لا يعين لا يسعين وهو الموافق لتعليقه ولا سعاية الخ بقوله (لما رويانا) أى لانه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وان لا يسعين وما قيل وان لا يعين يدل على عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيوخ جبال الدين الزيلعي بعدد كرم أنه غريب قال وفي الباب أحاديث وساق كثيرا مما قدمنا مما ليس فيه زيادة على أنها لا تملك وتعتق بالموت ولا تخفى أن كلها في غير المقصود فان المقصود أنها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك فان عقدها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدر يعق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعد بن المسيب الأأن جماعة تكلموا في عبد الملك (قوله ولان الحاجة الى الولد أصلية) كحاجته الى الكل أى وحاجته الى أمه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه بغير إذنه لحاجته الى وجود نسله كما جاز له كل ماله للحاجة وحاجته الأصلية مقدمة على الدين فلا تسمى للغرماء وعلى الأثر فلا تسمى للورثة فيما زاد على الثلث اذ لم يخرج منه فصار اعتاقها كالدين والتكفين (بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج) لامن الأصلية اذ ليس ثم نسب ولديته أهلية فلا يقدم عتق المدر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان دين السيد مستغفر فاسعى في كل قيمته على ما سلف (قوله ولانها) أى أم الولد (ليست بمال متقوم) عند أبي حنيفة على ما تقدم (حتى لا تضمن بالغصب عنده) يعنى اذا ماتت عند الغاصب حنف أنفها بخلاف المدر اذا مات عند الغاصب فإنه يضمن وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت أم ولد بين اثنين فأعتق أحدهما لا يضمن لغيره شيئا ولا تسمى هي في شيء أيضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدر وانما تضمن بما يضمن به الصبي الحر عند أبي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها سبع فألفقها وأجهروا أنها تضمن بالقتل لانه ضمان دم واذا لم تكن مالا متقوما (لا يتعلق بهما حق الغرماء كالقصاص) يعنى اذا مات من له القصاص وهو مدبر فليس لأصحاب الدين أن يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لان القصاص ليس مالا متقوما حتى يأخذوا بمقابله ما وجب عليه من القصاص مالا وقيل معناه اذا قتل المدبر شخصا لا بقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل رجلا مدبرونا وعفا المدبرون قبل موته صح وليس لأرباب الدين أن يمنعوهم العفو وقيل اذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولى القصاص شيئا لانه ليس حقا ما لا والاقرب المتبادر الأول (قوله واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسمى في قيمتها) يعنى اذا أسلمت ففرض الاسلام على مولاهما فأبى فإنه

(٥٧ - فتح القدير ثالث) النصراني فعليها أن تسمى في قيمتها) وهي ثلث قيمتها على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبي حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية قول بالتقوم اذا السعاية بدل ما ذهب من ماليتها

(قوله وانما نكر الدين نفيا للسعاية الخ) أقول فيه أنه ليس في السعاية بيع فلا يفيد تنكير الدين ما ذكره نعم لو كان التعبير لا يسعين لم ما ذكره (قوله ولا يجعلن من الثلث الخ) أقول ممنوع فان المدر لا يباع في دين ويجعل من الثلث (قوله واذا أعدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية) أقول منقوض بالمدر فإنه لا يباع الجديد ويسعى كما مر

قوله (ومالية أم الولد) يعقدها الذي متقومة فيترك وما يعقده) جواب عن هذا الاشكال وقوله (ولانها) يعني مالية أم الولد (ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا) أي كونها محترمة (يكفي لوجوب الضمان) جواب آخر ذلك الاشكال واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد وأجيب بأن مبنى الضمان في الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها الانتفاء تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله وقوله (كافي القصص المشترك) يعني اذا كان القصص مشتركا بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقيين وان لم يكن القصص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعقوا أحدهم (ولومات مولاهما) وهو النصراني (عنت بلاسعاية لانها أم ولد ولو عجزت في حياته لاترد فنة لانها لوردت فنة أعيدت مكاتبه لقيام الموجب) وهو اسلامها مع كفره ولاها

وقال زفر رجه الله تعاق في الحال والسعاية دين عليا وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فأبى فان أسلم تبقى على حالها له أن ازالة الذل عنها بعدما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الاعناق وقد تعذر البيع فتعين الاعناق ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبه لانه يندفع الفل عنها بصبر ورتها حره وذا الضرر عن الذي لا نبعائها على الكسب نيل الشرف الحسنة فيحصل الذي الى بدل ملكها أما لو اعتقت وهي مفلسة تتواني في الكسب ومالية أم الولد يعقدها الذي متقومة فيترك وما يعقده ولا نها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصص المشترك اذا عفا أحد الاولياء يجب المال للباقيين (ولومات مولاهما عنت بلاسعاية) لانها أم ولده ولو عجزت في حياته لاترد فنة لانها لوردت فنة أعيدت مكاتبه لقيام الموجب (ومن استولدا أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولده) وقال الشافعي رحمه الله لا نصير أم ولده

يخرجها القاضي عن ولايته بان يقدر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبه لانها لاترد الى الرق ولو عجزت نفسها لانها لوردت الى الرق ردت الى الكتابة لقيام اسلامها وهو الموجب فلا فائدة في اثبات حكم التخيير وعلى هذا اذا أسلم مذهب النصراني وتسمية مثل هذا دورا على التشبيه والا فاللازم ليس الاماذا كذا من عدم الفائدة وهذا بحسب الظاهر انها لا تقدر الا كذلك والاولو وجدت المال في الحال لم يتجج الى ذلك (وقال زفر تعاق للحال) أي لحال اباه مولاهما الاسلام (والسعاية دين عليها) تطالب بها وهي حرة فان أسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف مالمو أسلم بعده وقال مالك والظاهرية تعاق مجانا وقال الشافعي وأجد يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها الى أن يموت فتعاق بموته أو يسلم فتحل له وجه قول زفر أن النظر ودفع الضرر عن الذي واجب لذمته وعن المسلم لاسلامه وذلك في اعتاقها بالقيمة له بخلافه مجانا كما قال مالك فانه اهدار ما يجب له من النظر اذا تمكن وأما قول الشافعي ففيه زيادة اضراره من ايجاب النفقة بلا انتفاع مع امكان دفعه عنه قلنا الامر كما ذكرنا غير أن قولنا أدفع الضرر عنه وعننا فانه لا يصل الى البدل عقيب عتقها لانها تعاق مفلسة وربعات تتواني في الاكتساب اذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذي بذلك وتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذي وربعات يموت قبل ايقانها حقه وقد قال علماءنا خصومة الذي والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم بخلاف ما اذا وقع عتقها على الاداء فانه حامل على الايشاء فكان اعتبارنا أولى اذ كان أنظر للجانبين وقوله (ومالية أم الولد الخ) جواب سؤال يرد على أبي حنيفة في قوله بنى مالية أم الولد هو أنها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لا انتفاء المالية عندك فقال الذي يعقدها تقومها (فيترك وما يعقده) أي مع ما يعقده ولانا أمرنا بذلك فقد أمرنا باعتبارها متقومة في حقه وقد تقدم ان قيمة أم الولد ثلث قيمتها فنة مع الخلاف فيم ولو سلم أنهم ليست متقومة مطلقا فهي محترمة وهذا يكفي لاجباب الضمان وان لم يكن المضمون مالا كما في القصص المشترك بين مستحقين اذا عفا أحد الاولياء المستحقين له يجب المال للباقيين لانه احتباس نصيبهم عند القاتل بعقوف من عفا وليس نصيبهم حقا ما لا يابل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة ازالة ملكه بلا بدل فيتضرر الذي الا أن هذا الوتم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام ووجه أيضا أن بدل الكتابة عقوبة مالم يسر عا وهو فوك الحرف لم تدل السعاية على تقوم أم الولد وان أنت سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند أبي حنيفة بدل ما هو مال فارجع اليه وان كونه بدل مالم يسر عا قول محمد (قوله) واذا مات مولاه النصراني عتقت (وسقطت عنها السعاية) لانها أم ولده (قوله) ومن استولدا أمة غيره بنكاح يعني تزوج أمة غيره فولدت له (ثم ملكها صارت أم ولد) بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول أحد في رواية (وقال الشافعي لا نصير أم ولده)

وقوله (ولو استولدها) صورة المسئلة ظاهرة وتقرير وجه الشافعي هذه علق بريقق وهو ظاهر ومن علق بريقق لا تصير أم ولد لمن علق منه لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة أي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل وفي صورة النزاع ليس كذلك لان الام رقيقة لمولدها في تلك الحالة أي في حالة العلوق فلا تعلق الولد حرا كان الجزء مخالفا للكل وقوله كما اذا علق من الزنا ثم ملكها الزاني انها لا تكون أم ولد لكون العلوق ليس من (٤٥١) مولدها في كلامه تسامح لان

قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاء كون العلوق من مولدها ولهذا لا يثبت اذا علق من الزنا وقوله (وهذا لان أمومية الولد

باعتبار علوق الولد حرا) يدل على ان هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان العلة هو علوق الولد حرا عنده ليس الا وفي صورة الزنا انما تثبت أمومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لان المزني بها في تلك الحالة ملك مولدها (ولنا ان سبب الاستيلاء هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل) أول الباب حيث قال ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كلا وقد ثبت النسب بالنكاح

(قال المصنف وهذا لان

ولو استولدها بملك يمين ثم استحققت ثم ملكها تصير أم ولده عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علق بريقق فلا تكون أم ولده كما اذا علق من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كلا وقد ثبت النسب

وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جات به من وطء بنسبة فملكها ثم عندنا تصير أم ولده من وقت ملكها لا من وقت العلوق وعندنا زفر من وقت ثبوت النسب منه لان أمومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولدها ثابت له حق الحرية ونحن نقول انما يثبت فيها وصف الامية بعد الملك وان كان باحر مرتبة قدم قبيلة الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الامومة وينتزع على هذا انه لو ملك ولد الهام من غيره قبل ان يملكها له بيعه عندنا خلافا لانه ليس ابن أم ولده بخلاف ما لو ملك ولده منها قبل ملكها فانه يعتق عليه اتفاقا وفي الميسوط لوطفها فتزوجت باخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولده وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث في ملكه من غيره فانه في حكم أمه ولو استولدها بملك يمين ثم استحققت أو بنكاح على انها حرة فظهرت أمة تصير أم ولده عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير أم ولده وفي آخر لا تصير أم ولده (وهو ولد المغرور) وهو حر بالقيمة يوم الخصومة (قوله) أي للشافعي (انما علق بريقق فلا تكون أم ولده كما اذا علق من الزنا ثم ملكه الزاني وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) وانما قلنا ان الامومة باعتبار علوق الولد حرا (لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل) وهو حر فلا بد ان تستحق هي الحرية واعتراض من قصر نظره على خصوص المذكور بأن الرق في أم الولد مستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالتصل وتعام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض وانما اقتصر المصنف اقتصارا للعلم بيقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزأها حر ومقتضاه حر يتا اذ لا يخالف الجزء الكل الا ان الاتصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزأ حالة الاتصال ولكنه جعل كمن خص على حدة في بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبت به حق الحرية عملا بشبهى الجزئية وعدمها لما بقي منها في الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علق بريقق وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم أيمامة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته وتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها (ولنا ان سبب الامومة) في محل الاجماع وهو الاصل (هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل) يعني عند قوله أول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد (والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كلا) فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب فتثبت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو

أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) أقول قال الزيلعي ولا معتبر بما ذكر من حرية الجنين لانه لو اعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقة ولو كان لا جمل الاتصال به ثبت اه وفيه بحث لان الشافعي يعتبر في أمومية الولد علوق الولد حرا وفي اعتناق الجنين علوقهما وكم بين حال الابتداء والبقاء ثم ان المولى باعتاقه منه فردا جعله شخصا على حدة وأخرجه عن حكم الجزئية فغلب جهة الانفصال على جهة الاتصال فليتنا مل

فثبتت الجزئية بهذه الوساطة وإذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قوله كما إذا علق بالزنا لانه (لانسب) فيه أى فى الزنا (الولد) (٤٥٣) الى الزانى) فلا تثبت الجزئية المعتمدة فى الباب وهو الجزئية الحكيمية

فثبتت الجزئية بهذه الوساطة بخلاف الزنا لانه لانسب فيه للولد الى الزانى واغما يعق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة تطير من اشترى أخاه من الزنا لا يعق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة (واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولده وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها فى كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاء

ثابت فى الزوج فثبتت الامومة (بخلاف الزنا فانه لانسب يثبت للولد من الزانى) فلا تصير الامومة التى جاءت بولد من الزنا اذا ملكها لزانى أم ولده استحسانا خلافا لفرحيث قال تصير أم ولده وهو القياس فان قيل فكان ينبغى أن لا يعق الولد اذا ملكه أبوه من الزنا اذا كان لا يثبت نسبه منه أجاب بقوله (وانما يعق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة تطير) أى نظير أم الولد من الزنا حيث لا تعق عليه اهدم انتسابه الى أبيه (من اشترى أخاه من الزنا لا يعق) عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة بل (بواسطة نسبته الى الوالد) وهى غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان أخاه لاه فصار الحاصل ان الامومة تتبع ثبوت النسب عند الملك والعق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك أو ثبت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله صلى الله عليه وسلم أيمأمة الحديث ليس فيه قصر الامومة على السيد بل انها تثبت منه غير متعرض لنفيها عن غيره فاذا صح تعليله بثبوت نسب ما تانى به منه ثبت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فثبتت بالولادة منه وهذا لا يتفق المفهوم المخالف وهم وان أثبتوه قدموا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الامومة لزم على المذهبين الا أنه يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولداً أمته التى زوجها من عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لامن السيد وتصير أم ولده وجوابه ان ثبوت الامومة لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدق الشرع فكان دائر امع ثبوت النسب شرعاً واعترافاً وما يتفق فيه الامومة ما ذكر فى الايضاح أمة جاءت بولد فادعاه اجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى أو كذبه فان ملكه المدعى عتق ولا تصير أمه أم ولده (قوله) واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولده (لاب) سواء كان الابن وطئها أو لا لان حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب كوطء الحائض (وعليه قيمتها) لانه ملكها قبيل الوطء بالقصة ليقع الوطء فى ملكه (وليس عليه عقرها) لسبق ملكه الوطء (ولا قيمة ولدها) لانه انعلق حر التقدّم الملك على الام (وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها) فى باب نكاح الرقيق من (كتاب النكاح) وللشافعي قولان أحدهما تصير أم ولد ويضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثباته الملك حكماً للوطء اذ لو أثبت سابقاً عليه لم يتجه له ايجاب المهر والقول الآخر لا تصير أم ولد ويضمن المهر لانه لم يملكها وهو قول أحد وعلى هذا تسمر على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حملت أو لا واذا كان غلظها لازماً عرف انه لا يصح دعوة ولدمدبرة ابنه ولا أم ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان فى لفظ الجارية عرف يخرجهما فقد أخرجهما باللفظ والاقبال لحكم المذكور فى المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاء ان تكون الجارية فى ملك الابن من وقت الملق الى وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة أيضاً فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراً أو وردت لاقبل من ستة أشهر من ذبا عنها فادعاه الاب لم تصح دعواه الا أن يصدق له الابن كما اذا ادعى الاجنبي ذلك وصدق له وكذا دعوة الجسد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافراً ثم أسلم أو عبداً فعتق أو مجنوناً فأتى فجاءت بولد لاقبل من ستة أشهر من الاسلام والعق والاقافة الى الدعوة فادعاه لا تصح لعدم الولاية الا ان يصدق له أما

فلا تثبت أمومية الولد فان قيل لما لم يثبت النسب من الزانى فعلا م يعق عليه الولد من الزنا اذا ملكه أجاب بقوله (وانما يعق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة) بخلاف أمومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزانى منقطعة فكان أمومية الولد من الزنا (نظير من اشترى أخاه من الزنا لا يعق عليه لانه) أى الاخ (ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة) والمراد بالاخ الاخ لاب وأما الاخ لام فانه يعق عليه اذا ملكه وان كان من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة وقوله (واذا وطئ جارية ابنه) ظاهر

(قال المصنف فثبتت الجزئية بهذه الوساطة) أقول قال ابن الهمام يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولداً أمته التى زوجها من عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لامن السيد وتصير أم ولده وجوابه أن ثبوت الأمومية لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدق الشرع فكان دائر امع ثبوت النسب شرعاً واعترافاً وفيه بحث لأن ولد الزنا كيف

لا يثبت نسبه بالاعتراف وجوابه أن ذلك ثبت بالاستحسان على خلاف القياس اذا المراد بالاعتراف هو الاقرار المصادف المعنوه محل وهو الملك (قال المصنف واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه) أقول ولصحة هذه الدعوى شرائط مذكورة فى شرح الكنت الزيلعي

وقوله (واذا كانت الجارية بين الشريكين) هذه (٤٥٣) المسئلة تقدم ذكرها في أول الباب

حيث قال وكذا اذا كان

بعضها مملوكا ولكن كان

ذكرها هناك من حيث ان

الاستيلاء يخرج الامه الى

حق الحرية قبل الموت والى

حقيقته بعده وذكرها هنا

باعتبار ثبوت النسب وبيان

ما اريد بعدم تجزئ

الاستيلاء المذكور هناك

وتلك نصيب صاحبه

وضمن نصف العقر وغير

ذلك بما ذكره فلا يعتد تكرارا

وكلامه واضح خلا ما تنبه

عليه (قوله فادعاهما

لا فرق في ذلك بين العمة

والمرض وقوله (لانها

ثبت النسب منه في نصفه

الخ) يدعيه القلب وهو

أن يقال لما ثبت النسب

منه في نصيب الشريك

لمصادفته ملك غيره لا يثبت

في الباقي ضرورة انه لا يتجزأ

الى آخر ما ذكر في الكتاب

ويجاب عنه بتغليب جانب

الملك للنسب اجتنابا لالا

تري انه يسقط الحد عنه

بهذا الطريق ويجب

العسر فكذلك يثبت

النسب منه بالدعوة وقوله

(فيتعقبه الملك في نصيب

صاحبه) قال في النهاية هذا

على اختيار بعض المشايخ

وأما الاصح من المذهب

فالحكم مع علته بفقران

لما عرف في أصول الفقه

وأقول يجوز أن يكون

مراده بالتعقب التعقب الذاتي دون الزماني

(وان وطئ أبو الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب) لانه لا ولاية للجسد حال قيام الاب (ولو كان الاب ميتا ثبت من الجسد كما ثبت من الاب) لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقبه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية (واذا كانت الجارية بين شريكين فماتت بولد فادعاهما أحدهما ثبت نسبه منه) لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزأ المأان سببه لا يتجزأ وهو العلوق اذا الولد الواحد لا يتعلق من مابين (وصارت أم ولده) لان الاستيلاء لا يتجزأ عندهما (وعند أبي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولده ثم يملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها) لانه تلك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاء ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذا الملك يثبت حكما للاستيلاء فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه

المعتوه لو ادعاه بعد افاخته وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر من افاخته ففي القياس لا تصح ادعاء ولايته عند العلوق وفي الاستحسان تصح لان العتة لا يطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعى مرتدا فهي موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله ان عاد الى الاسلام بعتت والا وعندهما صحفة وهي فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لها وكان ينبغي ان تتوقف عندهما أيضا لان تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما أيضا لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه وفيه لا يتوقف لاسيما في النسب لانه يحتاج في اثباته فينفذ (قوله وان وطئ أبو الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه) لان شرط العمة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا أو حيا كافرا أو عبدا أو مجنونا فان الجد حينئذ يصح استيلاءه جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فنعت تصرف الجد وعند أبي حنيفة موقوفة فان أسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردة أو لحق وقضى بها فصح ولو باع ابن الابن الجارية حاملا ثم استردها فولدت لاقل من ستة أشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب (قوله واذا كانت الجارية بين شريكين فماتت بولد فادعاهما أحدهما ثبت نسبه منه) سواء كان في المرض أو في الصحة وكذا اذا ادعى أحدهما أو عتق الآخر معا فالدعوة أولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعى مسلما أو كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت في الباقي وللفظ في محمل على معنى من التي لا بد من الغاية أي ثبت من نصف الامه المملوك له ولا يكون للتعليل كقوله صلى الله عليه وسلم دخلت امرأة النار في هرة أي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له لان قوله ثبت في الباقي ينبوعه وحاصل المعنى انه ثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه أي النسب لا يتجزأ ثبوته من امرأة فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها ولا يقال سياتي انه يثبت من رجلين بالنسبة الى امرأة واحدة لانا نقول ليس في ذلك تجزئة من امرأة لان النسب ثبت من كلها الكل منهما لان بعضهما الواحد ومن البعض الآخر وانما لا يتجزأ لان سببه وهو العلوق لا يتجزأ في امرأة بأن علق الولد من ماهر جابن على قولنا لانها اذا علق من الأول انسدم الرحم فلا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمنع بل واقع على قول بعض منثني القياس على ما سياتي فعدم التجزئ ان لا تعلق الولد بنصفها (قوله وصارت أم ولده) اتفاقا ما عندهما فلان الاستيلاء لا يتجزأ كما لا يتجزأ ثبوت النسب فلا يصير نصفها أم ولده ثم يملك نصيب شريكه بل يصير كلها أم ولده وعند أبي حنيفة يصير نصفها أم ولده ثم يملك الآخر لانه قابل للتعليل ولا يمنع تجزئ الامومة كما يمنع تجزئ ثبوت النسب لان معنى كونها أم ولده هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزأ عنه بمعنى زوال الملك فجاءت أمومة نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي أو اعتاقه الى آخر ما عرف لكن لما كان

مراده بالتعقب التعقب الذاتي دون الزماني

وحيث يكون واردا على الاصح من المذهب

بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك ثبت شرطا للاستيلاء فيقدمه فصار واطنا ملكا
نفسه (ولا يغرم قيمة ولدها) لان النسب ثبت مستندا الى وقت العلق فلم يتعلق شيء منه على ملك
الشريك

النص المفيد لتجزى العتق أو جبان لا يقر بعضه عتيقا وبعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق
وجب فيها اذا صار بعضها أم ولد فعني استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا
وبعضها مستحقا للعتق والحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزئها في حق الامومة بل التجزى في
الابتداء ثم يتم للحل عنده وعندهما صارت أم ولد من أول الامر ثم لا يخفى ان تعليل تلك نصيب شريكه
بانه قابل للتلك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لامن الطريق
عد جنونا وكونه أفسد نصيب شريكه بالاستيلاء لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من
الشريك بل الثابت به جواز ان يضمه وللا انسان ترك حقه وهاهنا لورضى الشريك بترك تضمينه
ويصير نصفها ملكا له ونصفها أم ولد لا آخر فلو مات المستولد بعق نصفها ويرق نصفها الآخر أو تسعى
له اذ ذلك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا من النص الدال على انه اذا عتق البعض لا يبقى البعض
رقيقا وألحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئ الذي علق منه وكذا نصف العقر وانما
وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطئ جارية مشتركة لان الملك في نصف شريكه ثبت حكم الاستيلاء
فيتعقبه وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبق بالوطء وبابتدائه يثبت المهر فلا
يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاء بالضرورة على كل حال فيسقط ما أصاب حصته
ويضمن حصته شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها في الخارج لم يختره المصنف وقدماء
الكتاب من ذلك وأوله من باب من يجوز دفع الصدقة اليه في خلافية زفر فيما اذا دفع النصاب الى
الفقير منعه زفر لان الدفع فارق الغني فأجاب بانه حكم الدفع فيتعقبه فصل الدفع الى الفقير ثم لم يزل
يكرره في كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم في يساره واعساره لانه ضمان تلك كالبائع
وعن أبي يوسف ان كان المدعي معسرا سعت أم الولد لان منفعة الاستيلاء حصلت لها وانما لا يضمن
الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكها يثبت شرطا للاستيلاء لانه لا ملك له يكفي لجهة الاستيلاء
فيقدم ليقع الوطء في ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاء وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه
على العلق تقدمه على الوطء أجيب بأن الاستيلاء عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر
تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاء ومنه الوطء فاعتبر
مقدم ما عليه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب ثبت مستندا الى وقت العلق وملكه ثبت من ذلك الوقت
أيضا فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن له شيء واعلم ان مقتضى ما ذكره المصنف
من ان الملك في نصف شريكه يثبت حكم الاستيلاء فيتعقبه ان العلق قبل ملك نصيب شريكه فيحصل
مملوك النصف له ونصفه لشريكه واستناد النسب الى العلق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب ان
لا يتعلق منه شيء على ملكه لا يقال يمكن كونه أربابا للاستيلاء في قوله حكم الاستيلاء الوطء لانا نقول
الاستيلاء ما ان يطلق على العلق أو على مجموع الوطء مع الانزال والعلوق أما مجرد الوطء بلا انزال
فلا ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حيث لا نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد ضرورة صيرورته أم ولده
ولا تصير الابا للعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بأن حكم العلة معها في الأصح
لا يفيد لان نقله مع العلق أيضا بلا موجب لانها لم تصر أم ولده لم يلزم النقل فالوجه جعله عقب العلق
بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لانه حيثئذ ما مهيئ لقيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن
على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك الماء هذا اذا

وقوله (بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك ثبت شرطا للاستيلاء فيقدمه) وهذه
التفرقة بين الشريك والوالد من حيث ان ملك الشريك في النصف قائم وقت العلق وذلك يكفي في الاستيلاء فيجعل تلك نصيب صاحبه حكم الاستيلاء فيكون الوطء واقعا في غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشريك فيجب العقر وأما الاب فلم يكن له ملك في الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاء في ملكه حلالا لامره على الصلاح فيكون الوطء في ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف مهر مثلها هكذا في مبسوط ثمس الأئمة السرخسي وفي مبسوط شيخ الاسلام والمحيط العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستحجار للزنا حلالا وقوله (فلم يتعلق منه شيء على ملك الشريك) لانه كما علق ان علق حرا الاصل لان نصفه ان علق على ملكه وأنه يمنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب

(وان ادعياء معانبت نسبه منهما) قال المصنف (معناه اذا جلت على ملكهما) وانما قيد بذلك لانه اذا كان الجل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وأخر فهي أم ولده لان نصيبه منها صار أم ولده والاستيلاء لا يجزأ فيثبت في نصيب شريكه أيضا (وقال الشافعي يرجع الى قول القافة) وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع (٤٥٥) وهو الذي ينبع آثارا لا بأه في الابناء

من قاف أثره اذا اتبعه والقيافة في بني مدج منهم المجزأ (لان اثبات النسب من شخصين مع علمان الولد لا يتخلق من ماين) أي من ما فليخ (متعذر فعملنا بالشبه وقدر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في أسامة) روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة وأسر بوجهه تبرق من السرور فقال أما علمت أن مجزأ المدبلي من بأسامة وزيد وهما تحت قطيعة قد غطيا وجوههما وأرجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز اظهار السرور ولو جب عليه الرد والاكثار (ولنا كتاب عمر الى شريح في هذه الحادثة لبسافلس عليهما ولو ينالين لهما هو ابنتهما يرثانه ويرثهما هو والباقى منهما) أي الولد يكون للاب الباقى من الابوين اللذين كانا اذ مات أحدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحى دون أن يكون نصفه لورثة الاب الميت (وقوله) وكان بمحض من الصحابة

(وان ادعياء معانبت نسبه منهما) معناه اذا جلت على ملكهما وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماين متعذر فعملنا بالشبه وقدر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في أسامة رضى الله تعالى عنه ولنا كتاب عمر رضى الله تعالى عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسافلس عليهما ولو ينالين لهما هو ابنتهما ويرثانه وهو الباقى منهما ما كان ذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وعن علي رضى الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كئلا كان ليس معه غيره

جملت على ما حكمهما فان اشترياهما حاملا فادعاء أحدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاء الى وقت العلوق لانه لم يحصل في ملكهما واذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولدهم مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهي كالاتاق الموقع الا انه يضمن نصيب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تلك كالبيع ولا عقر لشريكه ههنا لان الوطء لم يوجد في ملك شريكه (قوله وان ادعياء معانبت نسبه منهما) وكانت الامة أم ولدهما فتخدم كلا منهما يوما واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحى في تركه الميت رضا كل منهما باعتقها بعد الموت ولا تسمى الحى عند أى حنيفة لعدم تقومها وعلى قولهما تسمى في نصف قيمته ولو اعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكن ولا سعاية في قول أى حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا ونسعى ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر فيلتحقان قصاصا على الآخر وفائدة إيجاب العقر مع التقاص به أن أحدهما لو أبرأ أحدهما عن حقه بقي حق الآخر وأيضاً لو قوم نصيب أحدهما بالدرهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدرهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث أب واحد فهذه أحكام دعوتهم اذ كرها القدرى ومنها انه للباقى منهما حتى اذا مات أحدهما كان كل ميراث الابن للباقى منهما او فرق المصنف بينهما بوجه كل منهما فقال وان ادعياء معانبت نسبه منهما جميعا وسبقه بما اذا لم يكن مع أحدهما مخرج فلو كان بان كان الشريكان أباً وابناً فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان أحدهما مدام يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر يثبت منهم أو يكون مسلماً وقيده ههنا بما اذا جلت على ملكهما وهوان تلده لتمام ستة أشهر يعنى فصاعداً ولو سنتين من مملكتها أو أكثر به عا اذا كان الجل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وأخر فولدت لاقبل من ستة أشهر من الشراء فادعياء فهي أم ولدهم الزوج فان نصيبه صار أم ولده والاستيلاء لا يحتمل التجزئة عندهما ولا بقاء عنده فيثبت في نصيب شريكه أيضاً وأيضاً ما اذا جلت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعنى لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياء يكون الاول أولى لكون العلوق في ملكه وعما اذا كان الجل قبل ملك كل منهما بان اشترياً أمة فولدت لاقبل من ستة أشهر من حين مملكتها أو ولده قبل ملكهما ياها فاشترى اها فادعياء لان تكون أم ولدهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاء فيعتق الولد مقتصراً على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاء فان شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعتق حراً وقد منافي كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما اذا قال لعبد هذا ابني وأمه في ملكه هل تصير أم ولده أولاً

بروم به ابراز في مبرز الجمع عليه وقوله (في سبب الاستحقاق) يعنى الملك وقيل الدعوة (وقوله أحكام متجزئة) يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث فما يقبل التجزئة كالميراث يثبت على التجزئة في حقهما وما لا يقبلها كنبوت النسب وولاية النكاح يثبت في حق كل واحد منهما كئلا كان ليس معه غيره

قيل نعم مجهول النسب أو معلومه وقيل لا فيهما وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه فيحمل ذلك على أنه حكينا
 عند جهلنا بحال العلوق وبقولنا قال سفيان الثوري واسحق بن راهويه وكان الشافعي يقول في القديم
 ورج عليه أجد حديث القافة وقيل يعمل به إذا فقدت القافة وقال الشافعي يرجع إلى قول القائف
 فإن لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينسب إلى أبيه ما شاء فإن لم ينسب إلى واحد منهما كان نسبه
 موقوفاً لا يثبت له نسب من غير أمه والقائف هو الذي يتبع آثار الأبناء في الإبناء وغيرهما من الآثار من
 قاف أثره بقوفه مقلوب قفاً أثره مثل راء مقلوب رأى والقيافة مشهورة في بني مدح فإن لم يكن مدحياً
 فغيره وهو قول أحمد وقال به مالك في الأماء وهذا لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا بأن الولد لا يتخلق
 من مائة من لائنها كما تعلق من رجل انسدم الرحم متعذر فعملنا بالشبه وهذا فيميدان القافة أو الحقوم هما
 لا يلحق وهو قول الشافعي أنه يبطل قولهم إذا ألقوا بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر
 رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما أخرج الستة في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن
 عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسروراً فقال يا عائشة ألم تری ان
 مجزاً المدحى دخل على وعندي أسامة بن زيد ويزيد وعليهما ماطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما
 فقال هذه الأقدام بعضهما من بعض وقال أبو داود وكان أسامة أسود وكان زيداً بيضاً (ولنا كتاب عمر
 رضي الله عنه إلى شريح في هذه الحادثة) ذكر أن شريحاً كتب إلى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين
 جاءت بولد فادعياه فكذب اليه عمر أنهم بالساقلس عليهما ولو يئسنا ليلين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو
 للباقي منهما وكان ذلك بحضور من الصحابة من غير تكبير فخل محل الإجماع والله أعلم بذلك قال (ولأنهما
 استويا في سبب الاستحقاق) يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وإن كان لا يتجزأ ولكن يتعلق
 به أحكام متجزئة كالارث والنفقة وصدة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فلا يقبل التجزئ
 كالارث وما ذكرنا يثبت في حقهما على التجزئة وما لا يقبلها كالنسب وولاية الإنكاح يثبت لكل منهما
 كلاً كان ليس معه غيره * وأعلم أن المعروف في قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور وحديثا سفيان
 عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال
 القائف فلما شتر كانيه جميعاً فبعله بينهما وقال الشعبي وعلي يقول هو ابنهما وهما أبوا يرثهما ويرثانه ذكره
 سعيد أيضاً وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشترى كافي طهر امرأة فحملت فولدت
 غلاماً يشبههما فرفع ذلك إلى عمر فدعا القافة فنظروا فقالوا انراه يشبههما فألقه بهما ووجهه يرثهما
 ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير أن رجلين ادعيا ولهما فدعا عمر القافة
 واقتدى في ذلك ببصر القافة والحقه أحد الرجلين ثم ذكر أيضاً عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن
 أيوب عن ابن سيرين قال لما دعا عمر القافة قرأوا شبهه فيها ورأى عمر مثل ما رأت القافة قال قد كنت
 أعلم أن الكلبة تلد لآكل فيكون كل جزء لانيه ما كنت أرى أن مائة من يجتمعان في ولد واحد وأسند
 عبد الرزاق أيضاً عن معمر عن قتادة قال رأى القافة وعمر جميعاً شبهه فيها وشبهه ما فيه وقال هو
 بينكما يرثكما وترثانه قال فذكر ذلك لابن المسيب فقال نعم هو لآكل خرمهما وقول المصنف وعن علي مثل
 ذلك يشير إلى ما أخرج الطحاوي في شرح الآثار عن سمك عن مولى لآل مخزوم قال وقع رجلان على
 جارية في طهر واحد فعلق الجارية فلم يدري من أيهما هو فأتيا علياً فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو الباقي
 منكبا ورواه عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثوري عن قابوس عن أبي طيبان عن علي قال أتاه رجلان وقعا
 على امرأة في طهر فقال الولدين لكما وهو الباقي منكبا وضعفه البيهقي فقال يرويه سمك عن رجل مجهول
 لم يسمه وقابوس وهو غير صحيح به عن أبي طيبان عن علي قال وقد روي عن علي مرفوعاً خلاف ذلك ثم أخرج
 ابن طريق أبي داود حدثنا حبيش بن أصرم حدثنا عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثوري عن صالح الهمداني

عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن ارقم قال أتى على رضى الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في
 طهر واحد فسأل اثنين أنقران لهذا الولد قالوا لا حتى سألهم جميعا فجعل كل سائل اثنين قالوا لا فأقرع
 بينهم فالق الولد بالذى صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال قد كذبت للنبي صلى الله عليه وسلم
 فضحك حتى بدت نواجذه انتهى * واعلم ان أبادادورواه أيضا موقوفوا وكذا النسائي على علي باسناد
 أجود من إسناد المرفوع وكذا رواه الحميدى في مسنده وقال فيه فأقرعه ثلثي قيمة الجارية لصاحبه
 وهو حسن مبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم لم يقول القافة
 وان عمر قضى على وفق قولهم وانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر اثبات على النسب بالقرعة ولا شك ان
 المعول عليه ما ينسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك هو سرور ويقول القافة فأجاب المصنف
 عنه بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضى الله عنه لما تقدم من حديث أبي
 داود انه كان اسود وكان زيد أيضا فكأنوا تلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون
 قول القافة فكان قول القافة مقطعا لظعنهم فسرور ولا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم
 من التأذى بنسبه وظهور خطيئتهم والرد عليهم ثم يحتمل مع ذلك كون القافة حقا في نفسها فتكون
 متعلق سروره أيضا وأليست حقا فيخص سروره بما قلنا فلم يلزم ان حكمنا بكون سروره بها نفسها فخرج
 حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد وطعن بطعن بضم عين المضارع بالمرح وفي
 النسب واعلم انه استدلل على صحة القافة بحديث اللعان حيث قال صلى الله عليه وسلم فيه ان جاءت به
 أصهيب أتبع حش الساقين فهو لز وجهها وان جاءت به أوراق جعد اجبالا خدج الساقين سابع اليتيم
 فهو للذي رميت به وهذه هي القافة والحكم بالنسب وأجاب أصحابنا بان معرفته ذلك صلى الله عليه
 وسلم من طريق الوحي لا القافة وقد يقال الظاهر عند ارادة نعرفه ان يعرف انه ابن فلان والحق انه
 ينقلب عليهم لانه لو كانت القافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرحى به أشبه الزوج
 أولا لوصول الحكم الشرعي حيث بذاته ليس ابنا للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسب الولد وأجيب
 أيضا بانه لا يلزم من حقيقة قيافته صلى الله عليه وسلم حقيقة قيافة غيره وفيه نظر فان القافة ليس الا باعتبار
 أمور ظاهرة يستوى الناس في معرفتها ثم انه صلى الله عليه وسلم سرفعل على رضى الله عنه وهو الخاقه
 بالقرعة وقد قبل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريق صحيحة
 لتقريره صلى الله عليه وسلم اياه بل سر به فان الضحك دليله مع عدم الانكار واذا لم يقل به يلزمه الحكم
 بنسخه غير انه يبقى ما ثبت عن عمر من العمل بقول القافة فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه
 المروى عنه من قصة شريح خلفائها وعدم تنبيها وان كانت قصة هريرة فان سليمان بن يسار عن
 عمر مرسل وكذا عروة عنه لكنهما امامان لا يرويان الا عن قوى أمين مع حجية المرسل عندنا فكيف
 به من هذين على ان قول سعيد بن المسيب نعم في اسناد عبد الزاق ربما يكون كالموصول بعمر لان سعيدا
 روى عن عمر وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت على عمر بالقافة لزم ان ذلك الاحتمال في
 سروره صلى الله عليه وسلم وهو كون الحقيقة من متعلقاته ثابت والسافى رحمه الله لم يقل بنسبة
 الولد الى اثنين يلزمه اعتقادان فعل عمر كان عن رأيه لا بقول القافة فيلزمه القول بثبوت النسب من
 اثنين اذ حل محل الاجماع من العجوبة وهو ملزم لاحد الاخرين إما أن سرور صلى الله عليه وسلم لم
 يكن متعلقا الا برطعنهم أو ثبت بنسخه وبه نقول الا اننا نقول انه من ما هما كما يفهم من بعض الروايات
 لان الماءين لا يجتمعان في الرحم الامتعاقيين فاذا فرض انه خلق من الاول لم يتصور خلقه من الثاني
 بل انه يزيد في الاول في سمعه وقوة وبصره وأما التعليل بانه ينسبهم الرحم فقاصر على قولنا ان
 الحامل لا تحيض فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالنسب اذ ثبت النسب من اثنين مع الحكم

(وقوله الا اذا كان أحد الشريكين) استثناء من قوله وما لا يقبلها ثبت في حق كل منهما كلاً (وسرور النبي صلى الله عليه وسلم) جواب عن قوله وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فيما اذا ادعى الولد أكثر من اثنين فجوزته أبو حنيفة ونفاه أبو يوسف وجوزته محمد إلى الثلاثة (٤٥٨) وقال أبو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه وقال محمد الثلاثة

الا اذا كان أحد الشريكين أباً للآخر أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً لوجود المرح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الأب وهو مال من الحق في نصيب الابن وسرور النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله تعالى عنه وكان قول القائف مقطوعاً عنهم فسربه (وكانت الامه أم ولد لهما) الصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولده تبعاً لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً على الآخر وراثاً من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لانه أقرله بعمرانه كله وهو حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لاستواءهما في النسب كما اذا أقاما البينة (واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبي يوسف رجة الله تعالى عليه أنه لا يعتبر تصديقه لاعتبار اباء الأب يدعى ولد جارية ابنه

بأنه في نفس الامر من ماء أحدهما ثم كايثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه ترك لا ترعير وقال محمد لا يثبت لا أكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين ولا يثبت حنيفة ان سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما ما عند أبي حنيفة وعندهما ما لا يقضى لأمرأتين فلا يلحق الابام واحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة أو متساوية في الجارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم أنه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه فعند أبي حنيفة يقضى به بين الرجل والمرأتين وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهما وعندهما يقضى به للرجل والمرأتين (قوله الا اذا كان أحد الشريكين أباً للآخر) استثناء من قوله وما لا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهما كلاً وفي المبسوط أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدير وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فان لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي أولى لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن يسد الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس له لهم ملك ولا شبهة ملك قبل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور ورويت له أمة ولا يتعين ذلك بل ان تزوج منها أيضاً ولو كانت الدعوة بين ذمي وحر تدفع الولد للحر لانه أقرب الى الاسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر (قوله وكانت الامه أم ولد لهما الصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولده تبعاً لولدها) ولا يضمن واحد منهما الشريك شيئاً لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شيء (قوله ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه أقرله بعمرانه كله) حيث ادعى انه ابنه وحده واقراءه حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا تسرى في حق الآخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقررة بالملك وصار كما اذا أقاما البينة على شيء يصير مشتركا بينهما فكذا اذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما الاتحاد الجامع (قوله واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه) وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوماً من الدهر فثبت نسبته منه لما سجد (وعن أبي يوسف رجة الله أنه لا يعتبر تصديقه بل

قريبة من اثنين وقال أبو حنيفة سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجدنا وقوله (فيصير نصيبه منها أم ولده تبعاً لولدها) يعني تخدم كل واحد منهما ما يوما كما كانت تفعله قبل هذا لانه لا تأثير للاستيلاء في ابطال ملك الخدمة واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركه الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بعقدهما عند الموت ولا سعاية عليه في قول أبي حنيفة وتسعى في نصف قيمتها للشريك الخى عندهما ولو اعتقها أحدهما في حال حياته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن المعتق نصف قيمته أم ولد لشريكه ان كان موسراً وتسعى في نصف قيمتها ان كان معسراً (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً على الآخر) بفتح اللام أي بالذي له وقوله (كما اذا أقاما البينة) يعني اذا أقاما البينة على شيء يكون ذلك الشيء مشتركاً بينهما على السواء فكذلك هنا واذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم

هكذا فكذا هما ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما أن يصدقه المكاتب أو لا فان صدقه ثبت النسب ولا تصير الجارية أم ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب أيضاً (وعن أبي يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب المولى وجارية الابن كسب كسب الاب

(ووجه الظاهر وهو الفرق) بين استيلا دجارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه بحجره على نفسه ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الابن تصديقه والاب يملك ملك مال ابنه لانه لم يحجره على نفسه فلامعتبر بتصديقه وانما لا تصير الجارية أم ولده اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد ألا ترى أنه يحجره ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب في مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار ملك الجارية فيثبت (٤٥٩) الملك سابقا ووقع الوطء في ملكه

وولدت منه فكانت أم ولد له وقوله (وعليه عقرها) أي على المولى عقرا جارية المكاتب لان الملك لا يتقدم الوطء لان ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلا دفكان الوطء واقعا في غير الملك وهو يستلزم الحد أو العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثاني وقوله (لما ذكره) أي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب قيل في كلام المصنف نظر لانه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلا والمفهوم منه ثبوت استيلا دجارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن أصحابنا ان الاستيلا لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية أم ولده أي للمولى فاذا لم تصير الجارية أم ولده فمن أين يصح الاستيلا والجواب ان دلالة لفظ الاستيلا على طلب نسب الولد أقوى من دلالة على كونها أم ولد فكان المراد بقوله لصحة

ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يملكه والاب يملك ملكه فلامعتبر بتصديق الابن قال (وعليه عقرها) لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلا لما ذكره

يثبت) نسبه منه بمجرد دعوته غير مقتدر الى تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنه بجماع ان الموطوءة كسب كسب المدعى أو بطريق أولى لان للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتضى حقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك أقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى أولى (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين جارية الابن وجارية المكاتب (ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه) بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق ملكه (والاب يملك ملكه) لحاجته على ما عرف (فلامعتبر بتصديقه) وهذا بخلاف الوارث يستولد أمه من تركه مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق أحد لانه صاحب حق حتى ملك استقلاص ما يشاء من التركة باعطاء قيمته فليس أحد أحق منه ليجتاح الى تصديقه بخلاف البائع يدعى ولدا المبعة بعد البيع يصح لانصال العلوق بملكه وجب للولد حق العتق فلم يطل باعتراض البيع وههنا ان حصل العلوق في ملك المولى لرقبة المكاتب لكان لا يحصل في ملكه الجارية ملكا خالصا واعتراض بانه لا معنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فلما الحجر بل غاية انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضي ان لا يثبت النسب اذ لم يرتفع به المانع من ثبوته ألا ترى انه لو أقام البينة على انه وطئها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة أقوى من التصديق فظهر ضعف اشتراط التصديق وقد يجاب بأن هذا الحجر لخلق آدمي لكونه هو أحق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو أحق به منه الا أن يصدقه لجواز ان يكذبه بأن يدعيه هو فلا بد من استعمال تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا أقام بينة على الوطء فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس لاستعمال الوطء قطعا بل لتقديمه لاحق على غيره بخلاف أحد الشريكتين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الآخر لانه ليس أحدهما أحق من الآخر (قوله وعليه عقرها) للمكاتب (لانه) أي لان وطء المدلول عليه بقوله فاذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق أي حق الملك كاف لصحة الاستيلا لما ذكره يعني من قوله عقبيه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيستقدم ملكه اياها التصحيح الاستيلا فلا يجب العقر لانه وطئ أمه نفسه واذا وجب لنفس المكاتبه العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطء أمها أولى وأبعد شارح فقال أي لما ذكره في كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق في ذمة سيد أمه لا يصح استيلا لصاحب الدين فلقد تناوله من

الاستيلا لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف أجل قدرا من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض

(قوله ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه بحجره على نفسه) أقول ضمير بحجره وضمير لنفسه راجعان الى المولى (قوله والاب يملك ملك مال ابنه لانه لم يحجره على نفسه) أقول ضمير لانه وضمير لنفسه راجعان الى الاب (قال المصنف لما ذكره) أقول أي نذكر كرا الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب كذا قاله الشارح أكل الدين وقال ابن الهمام بل المراد به قوله عقبيه هذا انه كسب كسبه بخلاف الأب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيستقدم ملكه عليها التصحيح الاستيلا فلا يجب العقر

وقوله (وقية ولدها) معطوف على قوله عقرها وقوله (وهوانه) قيل أي الولد يعني أن الولد حصل له (من كسب كسبه) فإن المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز أن يكون أنه أي الجارية كسب كسبه وذ كراضمير نظرا إلى الخبر وهو كسب والضمير في رقه يعود إلى الولد قيل في قوله كافي ولد المغرور ونظر وحق الكلام كافي المغرور بدون ذ كراولد على معنى أن الجارية لاتصير أم ولد للمولى لعدم الملك (٤٦٠) فيها حقيقة كأن الجارية لاتصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب أن قوله

كافي ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرًا بالقيمة ثابت النسب منه وحيث لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير أن يكون متعلقا بقوله ولاتصير الجارية أم ولد لأنه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كافي أم ولد للمغرور وقوله (وان كذبه) معطوف على قوله فان صدقه المكاتب وقوله (ولو ملكه) يعني ولها جارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه لقيام السوجب) وهو الاقرار بالاستيلاد (وزوال المانع) وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذما ملك المولى الجارية أي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت أم ولده لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لأن حق الملك له في المحل كان مشتبا للنسب منه عند صحة الدعوة لأن المعارضة المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

قال (وقية ولدها) لأنه في معنى المغرور حيث أنه اعتمد دليلا وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرًا بالقيمة ثابت النسب منه (ولاتصير الجارية أم ولده) لأنه لا ملك له فيها حقيقة كافي ولد للمغرور (وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت) لما بينا أنه لا بد من تصديقه (فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله تعالى أعلم بالصواب

مكان بعيد وهو أقرب إليه من جبل الورد (قوله وقية ولدها) عطف على عقرها أي وعليه قيمة الولد (لأنه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو أنه أي الجارية بتأويل الشخص) (كسب كسبه فلم يرض برقه) حيث اعتمد دليلا بوجوب حرته (فيكون حرًا بالقيمة ثابت النسب منه) كما أن المغرور بشراء أمة استولدها فاستحققت اعتمدا دليلا هو البيع فجعل عذرا في حرية الولد بالقيمة لأن قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق أن العاقل هنا حصل في ملك المولى وهو مقتضى ثبوت نسبه بحق ملكه لملكها إلا أنه محجور بوجوب شرعي عنها فشرط تصديقه فإذا جاء التصديق صح الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في أقرب أوقات الامكان وأما المغرور فضمنه قيمة الولد لأنه أمانة حسبها عن صاحبها فتقديره اعتبار القيمة يوم الحبس وتحقق هذا الحبس والمنع انما يكون يوم الخصومة فيعتبر يومها (ثم لاتصير الجارية أم ولد لأنه لا ملك له فيها حقيقة كافي أم ولد للمغرور) (البيعة المستحقة لان تكون أم ولده ولا تناقض بين قوله لاتصير أم ولده وبين قوله ان ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استحاق الولد كما قرنا أول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه وأما ثبوت أمومية الولد للام فاعلموا لازم في بعض الصور وهو أكثر هادون بعض وليس عينا يلزم نفي ما أثبتته ثم اذما ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت أم ولده لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب (قوله وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا) أي من أنه لا تملك التصرف في أكساب مكاتبه (فلو ملكه) أي لو ملك الولد (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه) وكان ولده (لقيام الموجب) وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب ﴿ فروع ﴾ رجل فجر بامه فولدت ثم اشتراها لاتصير أم ولده استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفي المحيط يجوز عتاق أم الولد وكتابتها لتجمل الحرية وكذا تدبيرها لأنه يجتمع لها سبب الحرية (١) وفي غيرها لا يصح تدبيرها لأنه لا يفيد وفي جوامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال ولا تسمى في دين وفي الكافي أمة بين رجلين قال في صحتها هي أم ولدا أحدها ثم مات أحدهما يؤمر الحى بالبيان دون الورثة لأنه يخبر عن نفسه والورثة يخبر بفعل غيرهم فان قال الحى هي أم ولدى فهي أم ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيئا لأنه لما أقر بوطئها بعد ملكها فلا بد له استولدها بنكاح قبل ولو قال هي أم ولدا لعتقت صدقة الورثة

(١) قوله وفي غيرها الخ هم أمش نسخة العلامة البحر اوى كذا في النسخ الحاضرة ولعله وفي غيره أي غير المحيط لا يصح تدبيرها أي تدبير أم ولد والله أعلم اه كسبه معصمه

(قال المصنف وهو أنه كسب كسبه) أقول الضمير راجع إلى الجارية بتأويل الشخص أو باعتبار الخبر (قوله فتقديره كافي أم ولد للمغرور) أقول على تقدير المضاف وإرادة المعنى اللغوي في أم الولد

أو كذبت له لأنه ان صدق فهي حرة وان كذب فكذلك لاقراره بعنتقها بموته
 ولا سعاية للحي لأنه يدعي الضمان على الميت وكذا للسورثة لأنهم
 يدعون عليه الضمان ان كذبوه في اقراره وان صدقوه
 فقد أقروا بعدم السعاية والله الموفق

﴿ تم الجزء الثالث وبتلوه الجزء الرابع أوله كتاب الايمان ﴾

﴿ فهرست الجزء الثالث من فتح القدير ﴾

| صفحة | صفحة |
|---|---|
| ٢٦٢ باب العنين وغيره | ٢ كتاب الرضاع |
| ٢٦٩ باب العدة | ٢٠ كتاب الطلاق |
| ٢٩١ فصل وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها الخ | ٢٢ باب طلاق السنة |
| ٣٠٠ باب ثبوت النسب | ٣٨ فصل ويقع طلاق كل زوج الخ |
| ٣١٣ باب الولد من أحق به | ٤٤ باب إيقاع الطلاق |
| ٣١٩ فصل وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها الخ | ٦١ فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان |
| ٤٢١ باب النفقة (ومواهبها ٣٢١) | ٧٠ فصل ومن قال لامرأته أنا منك طالق الخ |
| ٣٣٤ فصل وعلى الزوج أن يسكنها الخ | ٧٧ فصل في تشبيه الطلاق ووصفه |
| ٣٣٩ فصل وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة | ٨٢ فصل في الطلاق قبل الدخول |
| ٣٤٣ فصل ونفقة الأولاد الصغار الخ | ٩٩ باب تفويض الطلاق (فصل في الاختيار) |
| ٣٤٧ فصل وعلى الرجل أن يتفق على أبويه الخ | ١٠٧ فصل في الأمر باليد |
| ٣٥٥ فصل وعلى المولى أن يتفق على عبده وأمه | ١١٤ فصل في المشيئة |
| ٣٥٦ كتاب العتاق | ١٢٧ باب الأيمان في الطلاق |
| ٣٧٠ فصل ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه | ١٤٣ فصل في الاستثناء |
| ٣٧٧ باب العبد يعتق بعضه | ١٥٠ باب طلاق المريض |
| ٣٩٩ باب عتق أحد العبدین | ١٦٠ باب الرجعة |
| ٤١٥ فصل في الشهادة على العتق | ١٧٣ فصل فيما تحل به المطلقة |
| ٤١٦ باب الحلف بالعتق | ١٨٢ باب الإيلاء |
| ٤٢١ باب العتق على جعل | ١٩٩ باب الخلع |
| ٤٣٢ باب التدبير | ٢٢٤ باب الظهار |
| ٤٤٠ باب الاستيلاء | ٢٣٣ فصل في الكفارة |
| | ٢٤٧ باب اللعان |

﴿ تمت ﴾